Dott. SERGIO JACOMELLA

GLI EFFETTI GIURIDICI DEL REGISTRO FONDIARIO PROVVISORIO NEL TICINO

TESI DI LAUREA

ACCOLTA DALLA FACOLTA' DI DIRITTO
DELLA UNIVERSITA' DI BERNA

TIPOGRAFIA «GRAFICA BELLINZONA» S. A. – BELLINZONA – 1942

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547623_0053

Dott. SERGIO JACOMELLA

GLI EFFETTI GIURIDICI DEL REGISTRO FONDIARIO PROVVISORIO NEL TICINO

TESI DI LAUREA

ACCOLTA DALLA FACOLTA' DI DIRITTO
DELLA UNIVERSITA' DI BERNA

TIPOGRAFIA «GRAFICA BELLINZONA» S. A. – BELLINZONA – 1942

La Facoltà ha accolto il presente lavoro su proposta del Prof. Dott. T. Guhl senza prendere posizione riguardo alle opinioni espresse nello stesso.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Ai miei diletti genitori
con filiale riconoscenza

INDICE

Letteratura IX
Abbreviazioni XI

INTRODUZIONE

§ 1) **Forme di pubblicità per la proprietà immobiliare nel Ticino prima dell'entrata in vigore del CCS.** 1
§ 2) **Il Registro fondiario provvisorio** 9

CAPITOLO I.
Concetti generali.

§ 3) **Principio dell' iscrizione pei diritti costituiti dopo il 1. gennaio 1912** 19
§ 4) **Pubblicità del Registro provvisorio** 22
§ 5) **Iscrizioni in senso proprio e in senso lato** . . 24

CAPITOLO II.
Iscrizioni in senso proprio.

§ 6) **La Proprietà** 27
§ 7) **Servitù, Oneri fondiari, Diritti per sè stanti e permanenti** 29
§ 8) **La prescrizione acquisitiva ordinaria e straordinaria** 34
§ 9) **L' ipoteca** 48
§ 10) **Considerazioni speciali sulle cartelle ipotecarie e rendite fondiarie** 62
§ 11) **Il Catasto delle Acque** 73
§ 12) **Vendita all'incanto di fondi, nell'esecuzione forzata** 79

CAPITOLO III.
Iscrizioni in senso lato.

§ 13) **Le annotazioni** 83
§ 14) **Le menzioni** 89
§ 15) **Dati di fatto** 91
§ 16) **Della responsabilità** 95

CONCLUSIONE

LETTERATURA

A) Opere varie.

Aeby P.: Le registre foncier d'après le droit suisse.

Berdez : De la publicité des droits réels. Losanna 1886.

Bonzanigo A.: Della pubblicità delle ipoteche nel Canton Ticino. 1893. Bellinzona.

Cattaneo F.: Il registro fondiario nel progetto del CCS. RGP. 1902.

Galli B.: La proprietà fondiaria con particolare riguardo al raggruppamento dei terreni. Diss. Berna 1933.
Problemi di registro fondiario, con prefazione dell'avvocato C. Scacchi.

Gampert : Sulle basi di una legislazione svizzera sul Rf. Relazione tenuta alla riunione dei giuristi svizzeri al Righi, 14 settembre 1896.

Guhl T.: Die schweizerische Grundbuchordnung vom 22. Feb. 1910, in SJZ. 6. Jahrgang 1909-10.

Die Einführung des Grundbuches in den Kantonen, SJZ. 8, Jahrgang 1911-12.

Grundbuch- und Grundpfandrecht in der Uebergangszeit (Referat). ZSR. N.F. 32.

Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung. In der Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Bern zur Feier des fünfzig. Bestehens des schweiz. Bundesgerichtes. Bern, Dezember 1924.

Il pegno immobiliare nel diritto nuovo. Trad. di Curti. RGP. 1913.

Das Schweiz. OR. Lehrbuch. 1933.

Haab R. u. Homberger : Sachenrecht, Kommentar. Fascicoli 1929-1937.

Hegetschweiler O.: Der Schutz des guten Glaubens nach dem schweiz. ZGB. Zürcher Diss. 1912.

Hegg u. Morand : Repertorio della giurisprudenza federale. 1929.

Heusler A.: Rechtsquellen des Kantons Tessin. 1892-1910, Basel.

Homberger A.: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 1933.

Huber E.: System und Geschichte des schweiz. Privatrecht. B. III, Basel 1889.
Erläuterungen zum Vorentuwurf des eidg. Justiz und Polizeidepartement. 1901.
Zum schweiz. Sachenrecht. Bern, 1914.

Jenny F.: Der öffentliche Glaube des Grundbuches nach dem schweiz. ZGB. Bern. 1926.

Leemann H.: Commentario. Sachenrecht, I Abteilung. Zweite Auflage. Bern. 1920.
Drei Uebergangsfragen betreffend das Bauhandwerkpfandrecht. SJZ. 11, Jahrgang 1914-15.
Die Bedeutung der Lastenbereinigung bei der Zwangverwertung von Grundstücken. SJZ. 18. Jahrg. 1921.
Wer ist zur Einsicht in das Grundbuch berechtigt? SJZ. Jahrg. 1917.

Lienhard: Die Grundlage einer schweiz. Gesetzgebung über das Grundbuchrecht. ZSR. 15.

Leumann: Rechtsschein und Offenkundigkeit im schweiz. Recht. Bern. Diss. 1933.

Mutzner P.: Schlusstitel: Anwendungs- und Einführungsbestimmungen, I Abschnitt. 1916.

Ostertag F.: Sachenrecht, III Abt. Zweite Aufl. Bern. 1917.

Pedroni: I rapporti di vicinato nel Ct. Ticino.

Pfeiffer: Die Vormerkung persönlicher Rechte im Grundbuch nach dem ZGB. 1910.

Planiol: Traité élémentaire de droit civil français.

Reichel A.: Schlusstitel. Anwendungs- und Einführungsbestimmungen zum schweiz. ZGB. 1916.

Repertorio di giurisprudenza patria.

Riva W.: I diritti reali. Problemi di registro fondiario.

Rossel et Mentha: Manuel de droit civil suisse T. III.

Sawitz: Der Inhalt des Grundbuches nach § 892 BGB. Berlin. 1908.

Scacchi avv. C.: Le ipoteche legali nella legislazione ticinese.

Schoenberg: Zehn Jahre Schweizerisches ZGB. Die Grund buchpraxis. 1924.

Schweizerische Juristen Zeitung.

Schw. Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht.

Tuor: Das schweizerische ZGB.
Das neue Recht.

Wieland C.: Das Sachenrecht des schweiz. ZGB. 1909.
Das Grundbuchrecht im Entwurfe eines schweiz. ZGB. ZSR. N.F. 21. Jahrgang 1902.

Weiss : Sammlung eidg. und kant. Entscheidungen. 1925.

Zeitschrift für schweiz. Recht.

B) Leggi ed atti ufficiali.

Bollettino officiale delle leggi e degli atti esecutivi della repubblica e del Cantone Ticino.

Codice civile francese.

Codice civile tedesco.

Codice civile ticinese del 1837, edizione 1874.

Codice civile ticinese del 1882.

Codice civile svizzero.

Processi verbali del Gran Consiglio.

Progetti di legge e regolamenti per l'introduzione del registro fondiario.

Legge di applicazione e complemento al CCS nel Cantone Ticino del 18 aprile 1911.

Legge ipotecaria del 1891/92.

Messaggio del Consiglio federale all'Assemblea federale del 28 V 1904.

Messaggi alla legge generale sul registro fondiario del 1933.

Leggi e regolamenti in materia di registro fondiario.

Sentenze del Tribunale federale.

ABBREVIAZIONI

CCfr.	=	codice civile francese.
CCS.	=	codice civile svizzero.
CO.	=	codice obbligazioni.
Tf.	=	titolo finale del CCS.
CCT.	=	codice civile ticinese.
LEF.	=	legge esecuzione e fallimenti.
LAC.	=	legge di applicazione e complemento del CCS.
RRFf.	=	regolamento federale 22 febbraio 1910.
Rf.	=	registro fondiario.
Rp.	=	registro provvisorio.
Rff.	=	registro fondiario definitivo.
RGP.	=	repertorio di giurisprudenza patria.
SJZ.	=	Schweizerische Juristen Zeitung.
ZBGR.	=	Schweiz. Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht.
ZSR.	=	Zeitschrift für schweizerisches Recht.

INTRODUZIONE

§ 1) FORME DI PUBBLICITA' PER LA PROPRIETA' IMMOBILIARE NEL TICINO PRIMA DELL'ENTRATA IN VIGORE DEL CCS.

I. — Il principio della pubblicità secondo cui la costituzione e il trasferimento della proprietà o dei diritti reali in genere, possono avvenire soltanto coll'ausilio di determinate, estrinseche formalità fu accolto e sancito, in modo più o meno accentuato, in tutte le maggiori legislazioni La necessità di questo principio, che si dimostrò impellente e fu riconosciuta ed ossequiata già dai diritti primitivi, trova la sua giustificazione nella funzione economica e sociale che esplica il diritto immobiliare in rapporto alle esigenze sempre crescenti del commercio e del credito pubblico e nell' importanza cioè nei confronti degli interessi statali e privati.

Il formalismo del vetusto jus civile romano che peccava, forse, come del resto tutti i diritti primordiali, d'una eccessiva prolissità, ordinava, per la costituzione e il trasferimento dei diritti reali, l'ossequio di forme simboliche e cioè quelle della « mancipatio » e della « jure in cessio ». Distrutte queste forme nella gigantesca lotta fra jus civile e jus gentium e che finì colla vittoria e la supremazia del jus gentium, il principio formalistico venne sancito, benchè in maniera mitigata, negli istituti della « professio apud acta » (donazioni) e nella « traditio », istituto quest'ultimo ch'era presupposto indispensabile per il trasferimento sia della proprietà mobiliare come di quella immobiliare.

Il costante sviluppo e l'evoluzione del commercio e degli scambi resero insufficiente l' istituto della « traditio », nella stipulazione di rapporti costitutivi o traslativi attinenti al diritto immobiliare. E ciò era evidente : condizione che fa da pietra base nella « traditio » è il trasferimento del possesso : essa esplica pienamente il suo effetto quando il possesso, che è un fatto, corrisponda, coincida colla realtà, cioè, coll'essenza, coll'esistenza del diritto stesso; si ha allora una vera e propria costituzione o traslazione di un diritto, ciò che si verifica nel caso del diritto mobiliare Nell'ambito dei diritti immobiliari, invece, il possesso può

esser conseguenza di un mero caso, di una semplice accidentalità, di un puro rapporto aleatorio ed è quindi insufficiente a provare l'esistenza e l'estensione del diritto reale.

Occorre perciò, per la costituzione e il trasferimento dei diritti reali, il concorso di determinate forme estrinseche e solenni, il cui ossequio stabilisca, incontrovertibilmente, di fronte a qualsiasi, la natura del negozio e del rapporto giuridico.

Naturale conseguenza fu che l'importanza del possesso e della « traditio » andò sempre più aumentando così da essere accolti nel diritto germanico [1]) e moderno, per la costituzione e il trasferimento dei diritti mobiliari (Hand wahre Hand - possession vaut titre).

Il principio della formalità del diritto immobiliare trovò applicazione dapprima nella « Auflassung » [2]) del diritto germanico, poi rivestì forme più semplici e spigliate nelle legislazioni moderne, forme che si possono radunare in tre gruppi e che concernevano anche i cantoni svizzeri prima del 1912 perchè le loro legislazioni non eran altro che elaborazioni e, talvolta, adozioni integrali e letterali dei più importanti codici e precisamente di quelli francese e tedesco.

I sistemi di pubblicità più importanti, allora vigenti, erano :

a) *il sistema francese* (o meglio franco-italiano) *di trascrizione ed iscrizione;*

b) *il sistema dell'omologazione* (Fertigungssystem);

c) *il sistema del registro fondiario* (Grundbuchsystem).

a) A norma delle leggi francesi, il diritto reale veniva validamente costituito e trasferito col mero accordo fra le parti, accordo estrinsecato in determinate forme prescritte

---

[1]) Il diritto tedesco, già alle origini, conosceva pel trasferimento della proprietà forme che esplicavano rilevante pubblicità, così ad es.: la sala; l'exitus; l'evacuatio ecc. Il diritto tedesco, cioè, all'opposto del diritto romano sanciva principî giuridici che si riferivano soltanto agli immobili. Questa distinzione derivava dall'incapacità del popolo tedesco di concepire in modo astratto i rapporti giuridici, attenendosi piuttosto all'esteriore, al concreto, al tangibile per poi, dalla realtà, ricavare l'intima essenza spirituale. (V. Some: pag. 256 e Hübner: pag. 216 Grundzüge des deutschen Privatrechts).

[2]) « Nantissement saisine » nel diritto francese; investitura nel diritto italico. Dell'« Auflassung » rimangono traccie evidenti nella « Fertigung » di alcuni cantoni svizzeri. Cfr. Hübner pag. 216 a 227 op. cit.

dalla legge che ora consistevano nell'atto pubblico, ora nella semplice scrittura privata, ora erano stabilite « ad solemnitatem » cioè come requisito necessario, indispensabile del contratto, ora « ad probationem » cioè come semplice mezzo di prova [1]). I contraenti avevano la facoltà di chiedere la trascrizione del contratto su di uno speciale registro pubblico [2]). Scopo ed effetto della trascrizione era quello di rendere semplicemente noto ai terzi l'avvenuto contratto : era quindi un puro mezzo di pubblicità e non condizione « sine qua non » di costituzione, essendo il contratto cresciuto in vita all'atto della dichiarazione di volontà, espressa nelle forme legali [3]). Era questo il sistema vigente nei cantoni della Svizzera romanda ad eccezione di Vaud [4]). Anche il Ticino, come vedremo, appartiene a questa categoria di cantoni, almeno nei suoi principî legislativi generali.

b) Il sistema dell'omologazione (Fertigung) era invalso nei cantoni di S. Gallo, dei due Appenzello, Turgovia, Basilea, Uri, Lucerna, Argovia, Berna, Glarona e dei due Unterwalden [5]).

Il contratto stipulato fra le parti, veniva da un'apposita autorità preposta ad hoc (consiglio comunale, cancelleria municipale ecc.) omologato cioè completato, sanzionato. Tale omologazione veniva iscritta in appositi registri [6]) ed era un elemento essenziale del contratto : prima di questo esame, di questa censura da parte dell'autorità esisteva un semplice vincolo obbligatorio [7]).

---

[1]) Nel primo senso cfr. art. 690; 691; 931; 2127 CCfr.

[2]) « Registre des mutations et registre des hypothèques ».

[3]) cfr. Planiol pag. 664 e seg.; C. Zacharia p. 551.

[4]) cfr. Huber S.P.R. pag. 79-80; Tuor Das Schw. ZGB p. 425 e seg.; Gampert: relazione tenuta al Righi il 14 sett. 1896.

[5]) La « Fertigung » (omologazione), come già dicemmo, è un residuo della « Auflassung » che era una forma solenne e pubblica mediante la quale il diritto germanico ordinava la tradizione della proprietà immobiliare. Il venditore immetteva l'acquirente nel possesso dello stabile con riti simbolici e sacramentali che si svolgevano davanti al popolo adunato, e, nelle epoche posteriori davanti ad altre autorità a ciò designate. La « Fertigung » variava da cantone a cantone. Caratteristica comune a tutti i cantoni era ch'essa costituiva un elemento indispensabile alla costituzione del diritto reale, cfr. Huber S.P.R. vol. III § 71.

[6]) « Grundprotokolle - Liegenschaften und Hypothekarbücher ».

[7]) cfr. Huber S.P.R. vol. III § 71; Tuor, das schw. ZGB pag. 425.

c) Il sistema del Rf., in auge presso i cantoni di Basilea - città, Soletta, Vaud e Svitto [1]), prescriveva come condizione sine qua non l' iscrizione a R.f. del rapporto giuridico stipulato fra le parti : prima di questo momento, non esisteva nessun vincolo di natura reale, cioè, la costituzione sortiva i suoi effetti soltanto coll' iscrizione a R.f. [2]).

II. — Le forme di pubblicità nel Ticino.

a) Già sotto l'imperio della prima legislazione ticinese, cioè durante la legislazione statutaria [3]), esisteva una forma di pubblicità risguardante il trasferimento della proprietà immobiliare e specialmente nel distretto di Bellinzona dove la vendita si faceva mediante istrumento pubblico e doveva essere proclamata « alla Pioda » di Bellinzona per quattro « sabbati » consecutivi [4]).

Dopo questa pubblicazione la proprietà passava al compratore libera da ogni vizio e servitù, salvo il diritto

---

[1]) Vaud già nel 1888 riformò il sistema di pubblicità del regime fondiario. Il sistema introdotto consiste nell'allestimento di un registro principale (R.F.) in cui figurano tutti i diritti reali riferentisi ad un immobile descritti, in modo sommario per mezzo di numeri, con rinvio a registri speciali. (Onglets des actes translatifs de propriété, des charges et hypothèques, des servitudes et des saisies). Per la ricerca d'un diritto iscritto si deve forzatamente ricorrere ai registri accessori. Il registro principale è un semplice repertorio numerico dei diritti.

[2]) Cfr. Huber S.P.R. vol. III p. 87 e Tuor pag. 425.

[3]) Il diritto statutario era un diritto vario che mutava da distretto a distretto (baliaggio) e che durò sotto la signoria dei landfogti sino ai primi tempi della nostra indipendenza; era in parte scritto e in parte consuetudinario.

[4]) v. cap. 90 statuti di Bellinzona : « quod volentes emere secure faciant de venditione publice proclamari statutum est, quod si contingat aliquem de Bellinzona vel Comitatu velle vendere rem aliquam immobilem, domum, terram vel possessionem, et emporrem illam secure emere voluerit, faciat emptor publice proclamari in platea ad plodam et etiam ad Praetorium Communitatis hora qua Potestas sederit in banco, quod talis vendere vult rem, domum, possessio nem talem eum duabus vel tribus cohaerentiis positam in tali loco, et fieri faciat hoc quattro diebus Sabbati successivis, et de quibus proclamationibus fiat comparuerit in termino dictarum proclamationum, dicens ne habere jus in bonis dicti venditoris aut in dicta re venali, emptor, qui postea dictam rem emerit, sit securus, ita quod nemo possit contra ipsum aut eius haeredes agere vel eos inquietare occasione dictae rei sie venditae aut emptae. Et hoc locum non habeat contro minores vigintiquinque annis nec contra probantes... ».

dei minorenni e degli incapaci. La trasmissione della proprietà avveniva mediante istrumento pubblico cioè il trasferimento della proprietà aveva luogo al momento della firma del contratto [1]).

Esistevano anche dei catasti comunali [2]); il primo catasto di Lugano risale al 1529. Contenevano però una grossolana ed imprecisa descrizione del fondo, senza designazione di confini e senza un valore di stima : avevano unicamente scopo fiscale [3]). Ogni 4 o 5 anni le mutazioni subentrate venivano iscritte a catasto. Nel 1670 le iscrizioni venivano classificate secondo il nome del possessore cioè a sistema personale. Più tardi furono introdotte anche le mappe: a Lugano la prima fu eretta nel 1849. Se i confini dei fondi non erano desumibili dai documenti, dagli atti privati, potevan venir determinati per il tramite di queste mappe. Mappe come quelle introdotte nel 1849 non esistevano dappertutto : facevano specialmente difetto nel Sopraceneri. Erano solitamente tenute dal segretario comunale. tenuta assai difettosa e che lasciava molto a desiderare : le mutazioni non sempre venivano aggiornate ciò che costituiva fomento di molte liti per quistioni di confine. Col deposito della mappa doveva esserne consegnata una copia alla cancelleria di stato, dove veniva conservata intatta ed immutata.

---

[1]) Questo principio venne consacrato tanto nel CCT del 1837 quanto in quello del 1882: il contratto verbale era invalido e la scrittura privata nulla se non veniva ridotta a pubblico istrumento entro due mesi quando il valore eccedeva i fr. 100; queste disposizioni erano d'ordine pubblico e non si potevan derogare, avendo per iscopo di garantire il contratto di vendita e di prevenire le frodi: decorso il termine di 2 mesi la scrittura cadeva da sè per l'impero della legge e si aveva un contratto meramente verbale di nessun effetto legale. RGP 1882 pag. 17; 1894 p. 881.

[2]) Cfr. A. Witzig ZBGR 1923 p. 193 e segg

[3]) Cfr. RPG. 1930 p. 183; 1923 p. 375. Secondo il decreto legislativo del 1865 esso era un accertamento della proprietà a mero scopo fiscale. Esso non presentava nessun affidamento per la sua esattezza. Era « un continuo susseguirsi di comminatorie, di ammende ai particolari proprietari che non facevan le volture ed alle persone che facevan trasporti d'estimi senza autorizzazione municipale ». Monitore Ecclesiastico 1926: « ... ma poichè detti libri sono tenuti principalmente a scopo fiscale, si possono trovare intestati dei beni a chi paga i pubblici tributi, anzichè al vero proprietario ». Caso tipico quello del livello perpetuo: nei registri censuari la proprietà era intestata al livellario e non al direttario perchè quello pagava i pubblici tributi.

E' da notare però, come già dicemmo, che la proprietà veniva trasferita all'atto dell'erezione del contratto e non coll' iscrizione dello stesso a catasto. Cioè la trascrizione aveva valore unicamente dichiarativo mentre la firma del contratto aveva forza costitutiva. La trascrizione talvolta veniva tralasciata nell' intento di evitare il pagamento delle relative tasse, cosicchè il vero proprietario non poteva determinarsi in modo sicuro dai pubblici registri [1]).

b) La proprietà (v. Statuti Bellinzona 90) passava al compratore, libera da ogni vizio e servitù salvo il diritto dei minorenni e degli incapaci, dopo la pubblicazione. Da ciò risultava, implicitamente, una pubblicità limitata alle servitù e agli oneri, in quanto coloro che non contraddicevano o non notificavano il loro diritto andavano perenti nell'esercizio dello stesso, acquistando il compratore « sicuramente, salvi i diritti dei minorenni e degli assenti ». Per il distretto di Lugano la pubblicazione di una grida era necessaria per chi voleva spogliarsi di tutti i suoi beni stabili [2]).

Insieme con i catasti comunali non esisteva però un registro fondiario mediante il quale fosse possibile accertare i diritti e gli oneri gravanti un fondo : nelle iscrizioni catastali non venivano accolti nè i diritti a favore del fondo, nè gli oneri gravanti su di esso.

Per stabilire, quindi, quali servitù concernevano un determinato fondo, si dovette ricorrere all' istituto della grida che mirava a cerziorare, pubblicamente, le servitù gravanti sul fondo e che non eran determinabili mediante i documenti privati. La non notificazione comportava la perenzione del diritto.

c) Nel periodo del diritto statutario esisteva pure una pubblicità in relazione alle ipoteche : l'obbligo cioè,

---

[1]) Brenno Galli: La proprietà fondiaria, pag. 27: « La maggior parte dei Comuni di montagna è sprovvista completamente di catasti o comunque di registri specchianti lo stato della proprietà in modo esatto. In molti casi mancano perfino atti testimonianti il passaggio di proprietà da una persona all'altra, o tali atti sono stati smarriti: non esiste mappa delimitante i confini del Comune, da ciò, specie in altri tempi, liti talvolta interminabili fra comuni limitrofi ».

[2]) Gli statuti di Lugano concernenti tale disposizione del 1696 vennero stampati nel 1832 dalla stamperia Veladini di Lugano. E' difficile trovarne il testo. Heusler (p. 44; XXIX 188-189) ne dà il testo tedesco frammisto a frasi italiane.

analogamente che per le servitù, di notificazione del diritto, sotto pena di perenzione del diritto stesso (v. statuti di Bellinzona). La legge del 1837 introdusse il principio vigente nella legislazione francese di iscrizione dell' ipoteca nell'apposito registro; ne veniva di conseguenza, che ricevendo esse il carattere reale all'atto dell' iscrizione nel registro delle ipoteche, non dovevan essere necessariamente notificate alla grida. La non notificazione non comportava, come conseguenza, la perdita, la perenzione del diritto.

E' interessante rilevare a quale intricato lavoro di indagine induceva il sistema ipotecario d'allora per stabilire la precisa situazione giuridica di un fondo. Siccome le iscrizioni erano ordinate cronologicamente ed intestate col nome del proprietario del fondo, mai si poteva, coll'ausilio dei registri, determinare il numero delle ipoteche che gravavano su di un immobile. Si doveva, dapprima, accertare quali ipoteche a carico del fondo fossero intestate a nome del primitivo proprietario : molte mutazioni di proprietà, però, non venivano iscritte, ed era possibile che alcuni proprietari concedevano delle ipoteche sul fondo ch'essi avevano già alienato, cosicchè soltanto al momento della liquidazione del pegno, risultava che l' ipoteca era ingiustificatamente iscritta, essendo il debitore, cioè il proprietario del fondo primitivo, completamente sprovvisto d'ogni proprietà e d'ogni facoltà di disposizione sull' immobile.

Perciò colui il quale voleva conoscere e cerziorarsi sulla reale condizione di un fondo rispetto alle ipoteche doveva, coll'aiuto delle iscrizioni esistenti e del registro dell'archivio, determinare i precedenti proprietari dell' immobile ed esaminare se esisteva un' ipoteca a nome di uno d'essi. Se tutti i trasferimenti non erano stati iscritti, si doveva cercare il filo conduttore nell'archivio cantonale : tutti gli istrumenti notarili dovevan essere notificati, da parte del notaio, all'archivio cantonale che possedeva pure un ufficio in ogni circolo. Il notaio, è interessante rilevarlo, non era necessariamente tenuto a notificare l' istrumento all'ufficio archiviale in cui esso veniva eretto, ma poteva fare la sua notificazione in qualsiasi ufficio archiviale del cantone, non esisteva, cioè, l'obbligo di ottemperare al principio : « lex rei sitae ».

Per le constatazioni del trasferimento della proprietà si doveva rivolgersi ai diversi uffici archiviali e chiedere se eventualmente non fosse stato notificato un istrumento concernente la tale persona e soltanto allora si poteva, recandosi dal notaio, accertare quale fosse il fondo, oggetto del trasferimento della proprietà.

d) Riassumendo, si può dire che nella legislazione ticinese il trasferimento di proprietà tra i vivi e la costituzione di diritti reali (che non sian ipoteche), sono validi e perfetti dal momento in cui i contraenti estrinsecarono, nelle forme previste dalla legge, la loro concorde volontà. Le forme di questa manifestazione sono o l'atto notarile o la scrittura privata. Esplete queste formalità, la proprietà è validamente trasferita ed il diritto reale è perfettamente costituito, senza ulteriori esigenze, sia « inter partes » come di fronte ai terzi. Ciò per quanto riguarda i contratti traslativi di proprietà e quelli costitutivi di servitù. Per quanto concerne l'ipoteca, invece, la legge, obbedendo al bisogno di dare a questo diritto di natura astratta, maggiore pubblicità, statuì, come condizione sine qua non, l'iscrizione nei registri pubblici per l'efficacia del contratto : il contratto reale non iscritto, non sorte alcun effetto di fronte ai terzi.

L'atto pubblico, quindi, costituiva e trasmetteva il diritto reale : era questa la base del nostro diritto immobiliare. Ora l'atto pubblico non presenta una pubblicità sufficiente : dal punto di vista storico non è altro che un'evoluzione della tradizione fittizia degli immobili e non presenta nemmeno la pubblicità offerta da quest'ultima, perchè essa ordinariamente si manifesta con un atto esteriore e simbolico e con l'immissione in possesso: l'atto pubblico invece, può restare occulto alla maggior parte della gente ed esser noto soltanto a 2 o 3 persone. Tuttavia è d'uopo riconoscere che la proclamata necessità dell'atto pubblico per la costituzione e la trasmissione dei diritti immobiliari procurò innegabili, grandi benefizii.

L'atto autentico ha impedito infatti che alienazioni di immobili o diritti immobiliari fossero tacciati di nullità, evitando così, di esporre continuamente i proprietari e i terzi al pericolo di vedere il loro diritto revocato. Ha consolidato la proprietà fondiaria, le ha dato una certezza che senza di esso non si avrebbe mai raggiunta. L'atto pubblico contribuì, inoltre, fortemente alla sicurezza della proprietà fondiaria offrendo serie garanzie per tutto quel che concerne la capacità dei contraenti, la realtà del loro consenso e l'ossequio delle forme richieste dalla legge, ma bisogna convenire che la sua pubblicità era precaria ed insufficiente. Ci si potrà obbiettare che le copie dei registri notarili erano a disposizione di coloro che volevano consultarli e che servivano a determinare le mutazioni di proprietà nel catasto : ma questi registri, praticamente, era quasi impossibile consultarli e non lo venivan mai; quanto al catasto, esso offriva sol-

tanto una relativa sicurezza perchè la legge non aveva prescritto il modo di procedura per operare queste mutazioni e non l'aveva provveduta delle necessarie garanzie [1]).

§ 2) IL REGISTRO FONDIARIO PROVVISORIO

Vari ed importanti furono i motivi e le ragioni che assillarono la mente del nostro legislatore e che lo indussero all'unificazione del diritto immobiliare : sopprimere le barriere che separavano, sotto questo rapporto, i cantoni facendo scomparire i timori e le incertezze che tengon i capitali lontani da certe parti del paese; aprire un mercato più esteso, in cui compratori e venditori, mutuanti e mutuatari siano sottoposti alla legge comune della domanda e dell'offerta; elaborare un buon regolamento fondiario che presenti sicurezza, semplicità ed economia; dare più ampio sviluppo al credito immobiliare e toglierlo dagli angusti confini dei cantoni con una legislazione uniforme, togliendo la varietà e la complicazione delle leggi cantonali, cause di timori e di incertezze per i capitalisti; favorire la concorrenza fra i capitalisti per un ribasso del saggio d' interesse per i prestiti ipotecari.

E' evidente che il sistema a Rf. è quello che offre maggior garanzia e risponde appieno alle moltiplicate esigenze del credito fondiario, che presuppone istituti che permettano a chiunque di informarsi in modo rapido, comodo e sicuro della condizione giuridica della proprietà immobiliare.

Il difetto del sistema francese sta nella concezione falsa del diritto reale, nell' intervallo che corre fra la stipulazione e l' iscrizione. Il diritto reale esiste inter partes men-

---

[1]) E' interessante osservare come già nelle discussioni avvenute in seno al Gran Consiglio, in occasione dell'elaborazione del CCT del 1837, la necessità dell'atto pubblico si sia fatta sentire e sia stata efficacemente propugnata tanto che si sfociò nella redazione dell'art. 533 : « La vendita dei beni stabili deve farsi per istrumento pubblico : se fatta con privata scrittura, non è valida se non ridotta a pubblico istrumento entro 2 mesi ».

V. Verbali del Gran Consgilio 1837 pag. 263 e s.: « ... Le scritture private non offrono nessuna garanzia. Con una scrittura privata si può vendere quante volte si vuole qualsiasi stabile, e il primo acquirente può essere posto nella peggiore condizione ... ». « ... Le carte private si smarriscono, ma non così i pubblici istrumenti ... ». Il tenore dell'art. 533 fu accolto integralmente nel CCT 1882 nell'art. 660, con riserva al CO. federale.

tre per i terzi diventa opponibile soltanto colla trascrizione. Ora, tale concezione è incongruente e contradditoria coll'essenza giuridica stessa del diritto reale: diritto assoluto ed universale per eccellenza e che fa stato erga omnes una volta costituito e non soltanto per una determinata cerchia di persone. A questa artificiosa ed irrazionale concezione teorica fa seguito un effetto pratico che, da un lato, si traduce in una menomata sanzione del precetto di pubblicità e, dall'altro, nella difficoltà di stabilire chi sia o possa essere terzo nel contratto.

Anche l'omologazione presentava molti svantaggi. Avantutto le sue formalità esplicavano una minore garanzia di perfezione, di esattezza che non l'atto notarile che è steso da persone che possiedono una cultura legale; il fatto poi ch'essa avviene in seduta pubblica non è sufficiente e seria garanzia per una conveniente pubblicità.

Il bisogno di una riforma del regime pubblicitario si faceva sentire, più che mai, nel nostro Ticino. Prescindendo dall' iscrizione speciale del diritto ipotecario, si è visto che mancava assolutamente un istituto che assicurasse in modo serio e sufficiente la pubblicità dei contratti e dei diritti immobiliari.

Abbiamo esaminato la natura dell'atto pubblico il quale per quanto sia un valido testimone della precisa manifestazione di volontà delle parti e possa, quindi, servire ad una retta interpretazione di tale volontà, tuttavia non esplicava una vera e propria pubblicità, non essendo del resto questa la sua destinazione.

Nel nostro codice di procedura esistono delle prescrizioni che pare ottemperino alla necessità del principio della pubblicità (CPC. 84; 85; 86): la loro procedura è però così intricata che rende molto rara la loro applicazione. A fortiori, dicasi per la scrittura privata la quale talvolta è prevista per la costituzione di diritti reali importanti. Gli svantaggi che praticamente ne derivano erano evidenti : X, credendo che un determinato fondo sia in proprietà di Y, spiega contro quest'ultimo l'azione divisoria, negatoria, confessoria o qualsiasi altra azione reale: incoata la lite si rivela che Y aveva già alienato il fondo ad altra persona, mediante atto pubblico.

A compera da B un fondo che, stando alla dichiarazione del venditore, crede libero da ogni aggravio. Praticamente invece si constata che il fondo è gravato d'una servitù a favore di una persona.

« Se le frodi di quest'ultimo genere contro le quali l'acquirente è completamente sprovvisto di qualsiasi difesa preventiva furono fortunatamente pochi, dice bene il Dr.

Cattaneo, lo si deve unicamente attribuire ai principî di buona fede e di rettitudine, che, diciamolo pure con orgoglio, sono assai più saldi nel nostro popolo che altrove ».

Gli *elementi* che *costituiscono il sistema del Rf.* sono i seguenti :

1) l' immatricolazione nel R.f. è parte integrante e sostanziale dell'atto costitutivo o traslativo dei diritti e non soltanto un atto di pubblicità;

2) il Rf. contiene una dettagliata descrizione dello stabile desunta non dalle comunicazioni fatte dalle parti, bensì dai piani e rilievi ufficiali che sono il presupposto necessario del Rf.;

3) il Rf. è nella sua essenza unico, comprende ogni specie di diritti reali;

4) la grande innovazione giuridica che sconvolse e mise su solide basi il diritto immobiliare, dando anche a tutta l'economia fondiaria un aspetto completamente nuovo, fu il principio della pubblicità che hà per corollario quello della forza probante dei registri mediante i quali si effettua e sui quali devono essere iscritti tutti i fatti attinenti alla proprietà immobiliare.

Grazie a tale principio i registri devono fare sicura fede del loro contenuto e sono presunti essere esatti in confronto dei terzi; nessun patto giuridico concernente gli immobili esiste riguardo ai terzi, quando non sia stato reso pubblico mediante l' iscrizione. E' nell'applicazione di tale principio che si attua la più importante garanzia e sicurezza nelle contrattazioni immobiliari [1]).

---

[1]) Così organizzato l' istituto del Rf. fa la sua apparizione in Austria sotto l' impero di Giuseppe II che sviluppò il sistema nel Codice del 1811 (ai § 431 e ss.). Nel 1872 il sistema venne introdotto nel diritto prussiano e da questo passò nell'odierno codice civile germanico (§ 925). Le prime forme, però, di registro fondiario risalgono nel Medio Evo e le troviamo in Germania. Le chiese e i conventi raccoglievano in registri detti « Kopialbücher » le copie dei documenti che si riferivano a contratti concernenti i fondi. Importanza decisiva ebbero i registri pubblici introdotti nel 1200 (öffentliche Stadtbücher) a seguito della consuetudine allora vigente presso i tribunali che tenevano elencati nei suddetti registri i documenti che si riferivano agli immobili. Dapprincipio erano tenuti in semplice ordine cronologico. Si sentì subito, però, il bisogno di maggior chiarezza e praticità e vennero introdotti i registri per le eredità (liber resignationem) per i debiti e le ipoteche (liber obligationem et censum) ecc. Nel 13.mo secolo a Danzica venne eretto il primo registro fondiario a sistema reale. Le famose « Landtafeln » di

Il sistema d' intavolazione tedesco, che le leggi prussiane hanno spinto sino alle ultime conseguenze, il nostro legislatore non l'accolse nel suo integrale assolutismo ma con una notevole mitigazione : « Chi in buona fede, riferendosi ad un' iscrizione nel registro, ha acquistato una proprietà od altri diritti reali, dev'essere protetto nel suo acquisto » (art. 973 CCS.).

D'un lato la mancanza delle necessarie condizioni non permetteva che il Rf. potesse essere introdotto simultaneamente in tutto il territorio della Confederazione, d'altro canto l'impellente necessità di far entrare contemporaneamente in vigore il diritto immobiliare insieme colle altre parti del CCS., indussero il legislatore all'emanazione di speciali prescrizioni destinate al periodo transitorio.

In simili condizioni esso decise di far entrare in vigore il diritto immobiliare col 1 gennaio 1912 [1]) e, per il periodo di tempo che va dal 1. gennaio 1912 sino all' introduzione del Rff., ordinò che funzionassero, come succedanee del Rff., le forme pubblicitarie cantonali. Esse stavano in diverso rapporto ed in grado differente tra di loro e non eran, quindi, tutte idonee a colmare la lacuna del Rff. Si osservò che, nella maggior parte dei cantoni, le forme di pubblicità potevano costituire soltanto un surrogato del Rff., perchè facevan loro principalmente difetto due requisiti : completezza e chiarezza.

Forzatamente, i cantoni vennero suddivisi in due gruppi :

1) quei cantoni che possedevano forme di pubblicità (con o senza completazioni) sufficienti a garantire gli effetti nel senso del CCS. (gruppo secondo l'art. 46 Tf.);

2) quei cantoni, le cui forme di pubblicità non erano sufficienti a garantire gli effetti giuridici dell'art. 973 CCS., a favore dei terzi in buona fede. Per quest'ultimo gruppo di cantoni l'art. 973 è come lettera morta, non esistente e non può, di conseguenza, venir applicato.

Le forme cantonali potranno unicamente servire come parziale sostituzione del Rf. nel senso che dal 1. gennaio 1912 in poi, al posto dell' iscrizione a Rf. subentrerà l'ob-

---

Praga, Brünn, Troppan e Jagendorf ecc., che erano già registri fondiari nel vero senso della parola e che si sono mantenute sino ad oggi, servirono di modello, verso la fine del 18.mo secolo, alla legge austriaca del registro fondiario (Grundbuchverfassung).

[1]) Cfr. art. 46 e 48 Tf.

bligo di ottemperare ad altre prescrizioni formali per ottenere l'efficacia reale che il CCS. conferisce all' iscrizione a Rf. Dove per la nascita, la trasmissione, la modificazione e l'estinzione dei diritti reali la legge esige l' iscrizione, le prescrizioni formali cantonali subentreranno al suo posto : col loro ossequio ed adempimento nasce l'effetto reale del diritto. Se errata è l' iscrizione, il terzo in buona fede non è nè protetto, nè difeso; il diritto materiale è decisivo ed ha la preponderanza [1]).

Il Ticino appartiene a questo gruppo di cantoni. La indicazione degli immobili sulla base di piani completi di misurazione è il presupposto normale della istituzione del Rf. e dev'essere obbligatorio per tutto il territorio svizzero, avendo cura di conservare, nella misura del possibile, i piani già esistenti [2]).

L'introduzione del nuovo regime fondiario previsto dal nostro codice, presuppone due requisiti essenziali: la misurazione geometrica della proprietà (cioè l'allestimento di precisi piani catastali) e l'impianto del Rf. colle caratteristiche e cogli effetti del CCS.

Indiscutibili e incontestabili erano i vantaggi che offriva il sistema suddetto: una base chiara e sicura al registro mediante il catasto; accertamento della proprietà in punto all'estensione, alla natura, al valore della proprietà, con grande giovamento alla funzione giuridica del registro stesso.

Se questi erano gli evidenti vantaggi teorici, dal punto di vista pratico sorgevano rilevanti difficoltà tecniche dovute in gran parte al frazionamento della proprietà rurale e alla natura del suolo. Difficoltà di carattere tecnico che, al fine d'essere superate, richiedevano ingenti sacrifici finanziari. Nel Ticino sono stati appunto l'eccessivo frazionamento della propiretà e le anemiche e precarie finanze comunali che ostarono ad un rapido impianto del catasto della cui utilità si era e si è in generale convinti [3]).

Pur essendo poi previsto l'aiuto finanziario della Confederazione pel compimento della riforma fondiaria esisteva sempre il fatto che se essa esigeva avantutto l'introdu-

---

[1]) Cfr. Guhl, Einführung des Gb. in den Kt. JZ. 7, pag. 199 e ss.; Mutzner comm. 46, 47, 48 Tf.; Jenny pag. 219 e 224; Reichel comm. 46, 47, 48 Tf.

[2]) Nel Ticino le mappe che eran suscettibili di applicazione non vennero usate, disgraziatamente.

[3]) E' curioso ed interessante rilevare come nel Ct. Turgovia una legge tendente all'introduzione del catasto sia stata respinta. v. Lienhard p. 23.

zione e la completazione delle mappe, la riforma escogitata poteva attuarsi solo dopo un lasso di tempo abbastanza lungo.

Sorse allora la quistione a sapere se i vantaggi di natura giuridica si potessero conseguire senza che il requisito tecnico, geometrico della misurazione fosse ossequiato, senza cioè l'erezione del catasto.

I giuristi che si sono occupati di questo problema si sono, più o meno decisamente, schierati per la negativa [1]) Il R. f., rilevava specialmente Wieland, è un sistema d'accertamento di diritti che offre vantaggi che non dipendono dall'esistenza del catasto il cui carattere è sempre piuttosto giuridico che non fittizio. I requisiti della necessità dell'iscrizione (Eintragungsprinzip) e quello della pubblicità (Oeffentlichkeitsprinzip) sono postulati su cui s'impernia l'istituzione del R. f. e che si possono soddisfare prescindendo dall'esistenza d'una topografia precisa circa l'oggetto del diritto. Ai Cantoni di conseguenza dovrebbe essere deferita facoltà di valersi o meno dei rilievi geometrici a seconda del loro apprezzamento.

Considerate le difficoltà che praticamente ostavano all'erezione del catasto, l'opinione assolutistica di Wieland di prescinderne completamente non poteva essere condivisa. Nel nostro Cantone, forse meglio che non altrove, si possono constatare i vantaggi che il catasto offre come mezzo d'accertamento : accanto a un gran numero di comuni assolutamente privi di catasto pubblico, esiste un numero parimente considerevole (e fortunatamente sempre in aumento) di comuni che ne erano provveduti. Nei primi le questioni di rettifica, di confini, o quelle per turbato o violato possesso, o quelle anche di rivendicazione, erano assai frequenti e tanto più complesse e difficili in quanto mancava un mezzo attendibile qualsiasi di accertare le condizioni di fatto della proprietà, mentre quistioni di tal genere nei comuni provvisti di mappe erano invece assai rare, in ogni caso erano meno complicate e di meno difficile soluzione.

Per quanto le indicazioni della mappa non facciano fede assoluta e si possano combattere con altri mezzi di prova, è però certo che, di fatto, esse hanno un valore, almeno indiziario, rilevantissimo, e che, ben di rado, accade di doverne impugnare l'esattezza e la veridicità [2])

---

[1]) Cfr. Lienhard pag. 23 e 1.; Gampert op. cit. 95 e ss.; Wieland.

[2]) Cfr. RGP. 1902 pag. 561 e c. Dr. Cattaneo: « Il Rf. nel progetto del CCS ».

Si riconobbe che il principio dell'efficacia reale della iscrizione doveva entrare in vigore immediatamente, mentre il principio della pubblicità dell' iscrizione doveva venir attuato solo ed in quanto lo permettevano le istituzioni vigenti nei singoli cantoni.

Al n. 4 del postulato XII di diritto transitorio, Huber così esprime : « Si potranno nell' istessa guisa fin dall'entrata in vigore della nuova legge e prima dell' istituzione del Rf., determinare le formalità che produrranno immediatamente gli effetti delle operazioni del Rf., circa la creazione, modificazione e l'estinzione dei diritti . . . la garanzia della pubblicità però non sarà assicurata ai terzi di buona fede finchè non esisterà il Rf. od altro istituto equivalente ».

Anche il Ticino dovette mettersi, senz'altro all'opera, ottemperando al disposto dell'art. 48 T.f., creando una forma cantonale di pubblicità : « occorre emanare tutti quei provvedimenti legislativi che valgano a gettare le basi per la introduzione del Rf. e, nel medesimo tempo, occorre preparare quelle forme di pubblicità che possano provvisoriamente adempiere alle funzioni di Rf. in conformità del nuovo diritto » [1]).

Il Messaggio di presentazione del progetto della legge generale sul Rfp. dl 1933, dà la genesi precisa e succinta del registro fondiario provvisorio :

« Quando, dall'anno 1908 furono fissate le sorti del CCS., con le sue profonde innovazioni nel campo dei diritti reali, egregi uomini che allora erano preposti all' introduzione di quegli ordinamenti, si trovarono davanti all'arduo problema : come si potesse convertire agli effetti del Rf. l' ingente numero di mappe censuarie preesistenti, e come vi si potesse supplire dove mancavano.

Le prime impressioni furono ottimiste. Si riteneva che quelle mappe avessero un valore tecnico considerevole malgrado il loro fine puramente fiscale; se non tutte almeno nella massima parte. Questa aspettativa era in parte giustificata dal fatto che le prime leggi cantonali sui censimenti erano state forgiate ad immagine degli ordinamenti del Piemonte, dove già nella prima metà del secolo scorso si pensava ai futuri effetti giuridici e probatori delle misurazioni

---

[1]) Cfr. Messaggio acc. disegno di legge del Rf. del 15 maggio 1911. E' da notare che in nessun cantone il Rf. venne introdotto formalmente e materialmente a sensi del CCS. cfr. Jenny p. 219. Il nostro cantone si trovava, sponte coasti, davanti ad una situazione non solo nuova « ma ricca di incognite per noi che fummo costretti ad emanare leggi e regolamenti con una conoscenza solo teorica del nuovo sistema del Rf. » cfr. Mess. gov. del 7 marzo 1930.

catastali. Ma altre erano le condizioni economiche e finanziarie delle terre e dei comuni piemontesi, altre erano le nostre.

Povertà del suolo e frazionamento della terra concorrevano da noi ad accrescere le difficoltà. Nè l' Italia infatti, e neppure la Francia, non sono ancora pervenute all'agognato catasto probatorio, opera che invece si avverò nei paesi nuovi ed in quelli di nuova legislazione, come le Americhe, l'Australia e la Germania.

Durante l'elaborazione del CCS, non aveva mancato la voce del Canton Ticino per porre in evidenza l'enorme difficoltà di applicare alle magre sue terre i criteri e i postulati del credito fondiario moderno, ma l'Europa era allora in un periodo di non mai vista prosperità economica; « gli stati ed i comuni trovavano nella storia del mondo, e la Confederazione in specie, costretta dalle contingenze esterne a una politica di protezionismo, gustava le inaspettate emozioni trionfali dei bilanci pletorici ».

Si disse che la Confederazione avrebbe sussidiato le misurazioni catastali fino al 70 e 80 % ed assunto pure la triangolazione di IV ordine e questo argomento fu tale da vincere ogni resistenza.

Non mancarono i disinganni del poi.

« Proprio la data del CCS. coincideva con la parabola discendente della prosperità ch'è poi la parabola ascendente del prezzo del denaro. Ma il dado era gettato e, per una inattesa combinazione di cose, fu precisamente la mobilitazione militare durante gli anni di guerra che, dando un impulso alle misurazioni militari, favorì, in ultima analisi, i lavori di misurazione catastale. La legge di introduzione e di complemento del CCS. rimandava la materia del Rf. ad una legge speciale, ma quest'ultima promulgata il 10 luglio 1911 e corredata da un breve regolamento, aveva dovuto procedere quasi a tastoni, scrutando l'avvenire. Abbiamo dovuto appagarci col Rp. e di un provvisorio tale che per la massima parte del nostro territorio potrà ancora prolungarsi per trenta e più anni » [1]).

La portata e lo scopo del Rfp. sono i seguenti : il Rfp. è una forma provvisoria di pubblicità sostitutiva del Rf. Il Rfp. ha gli effetti del Rf. per ciò che concerne la nascita, la trasmissione, le modificazioni e l'estinzione dei diritti reali (art. 48, 2 Tf.). Dopo il 1. gennaio 1912 nessun diritto reale può essere costituito, trasferito, modificato o estinto senza una corrispondente iscrizione nel Rp. Quest'ultima dunque ha semplice efficacia negativa secondo la quale non vale come diritto reale ciò che non appare dal Rp. (art. 971).

Al Rfp. sarà invece negata ogni efficacia giuridica positiva in confronto dei terzi cioè la « publica fides ». In esso dovranno iscriversi tutti i nuovi rapporti giuridici di ordine reale costituiti dopo l'entrata in vigore del CCS ; i rapporti giuridici preesistenti saranno presi in considerazione allorchè si procederà alla formazione dei registri definitivi.

Per quanto concerne la legislazione del Rp., varie furono le leggi e i regolamenti che furono emanate. L'ultima legge che comprende in parte disposizioni di leggi anteriori, ed in parte le ha abrogate, è la legge generale sul Rfp. del 1933 [1]).

---

[1]) Le leggi che vennero emanate dal 1912 in avanti sul Rfp. e che vennero poi abrogate dalla legge generale del 1933 sono le seguenti :

a) legge 10 luglio 1911 per l'introduzione del Rf.,

b) legge 7 giugno 1922 sul Rf.,

c) decreto legislativo o regolamentare del 21 gennaio 1913 sulla devoluzione del sussidio federale e cantonale.

CAPITOLO I.

CONCETTI GENERALI

§ 3) PRINCIPIO DELL'ISCRIZIONE PEI DIRITTI COSTITUITI DOPO IL 1. GENNAIO 1912

Il sistema del Rf. è imperniato sul principio della iscrizione : la prevalenza dei diritti dei terzi sopra quelli delle parti è il criterio informatore di tale principio. Il dominio immobiliare non passa dal venditore al compratore che mediante l' iscrizione; i contratti stipulati prima fra le parti non fondano un diritto reale (actio in rem), sibbene solamente un diritto personale (actio in personam). Il trapasso della proprietà ha luogo coll' iscrizione a Rf.: a partire da questo momento il compratore giuridicamente è il vero proprietario del fondo. Come abbiamo già detto, le leggi prussiane hanno spinto sino alle ultime conseguenze il principio dell' iscrizione (leggi del 1872) accogliendolo nel suo integrale assolutismo e cioè dichiarandolo valevole tanto nei confronti dei terzi in buona fede quanto nei rapporti di quelli di mala fede : fatto, quindi, decisivo ed incontestabile era unicamente l' iscrizione. Noi, invece, l'abbiamo adottato limitando il suo effetto soltanto nei confronti dei terzi in bona fides.

Ne consegue che il formalismo del Rf. ha la preponderanza sul diritto, sul fatto materiale : preponderanza che non è conforme ai principî generali del diritto; la famosa massima sancita dal diritto comune « nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet » viene derogata, proclamando la concessione di diritti scatenti da una persona che realmente non è autorizzata e che, quindi, non le compete nessuna facoltà di disporre a favore di terzi. Antinomie ed incongruenze teoriche che trovano la loro piena giustificazione nella pratica, nell' interesse, nella protezione del commercio e degli scambi, specialmente nell'ambito dei diritti immobiliari; anomalie dogmatiche che scompaiono di fronte ai vantaggi di vasta portata pratica offerti

dal sistema dell' iscrizione che soddisfa le esigenze del dinamismo economico odierno. L'economia attuale richiede, infatti, una costituzione sempre più sicura, una pubblicità più effettiva e una più grande mobilità dei diritti reali : nella scelta delle istituzioni giuridiche più adatte non si deve guardare tanto al concetto teorico che dell' istituto ha o può avere il diritto positivo, quanto alla funzione economica, pratica, che gli compete e ai servigi che può rendere alla salvaguardia dei diritti a vantaggio della collettività.

Il fulcro di tutto il sistema è la « publica fides », enunciata dall'art. 973, nel senso cioè che il terzo in buona fede può validamente riferirsi al contenuto del Rf. per quanto concerne i diritti reali del fondo iscritto circa la loro esistenza, il loro contenuto e il loro rango.

Finzione proclamata dalla legge e che esplica due effetti : uno in senso positivo, l'altro in senso negativo.

1) Positivamente : il contenuto del R. viene presunto *esatto* a favore del terzo in buona fede, al momento dell'acquisto: l'acquisto è efficace e completo in quanto esistano le condizioni richieste per la validità del contratto base.

2) Negativamente : è garantita la *completezza* del Rf., nel senso che i diritti suscettibili d' iscrizione non possono essere opposti contro nessun acquirente, se non sono iscritti a Rf. e sono considerati estinti di fronte ai terzi, quei diritti, che, per qualsiasi causa o motivo, fossero stati radiati o cancellati dal R. E' questo il contenuto della pubblica fede, propria del Rff.

Abbiamo già visto che il nostro legislatore non ha ritenuto opportuno dichiarare per tutti i cantoni indistintamente, l'automatica introduzione del Rff. al 1. gennaio 1912. L' insufficienza delle forme cantonali pubblicitarie, hanno indotto il legislatore a dividere i cantoni in gruppi a seconda dell'efficienza cioè della completezza, della chiarezza, dell'attendibilità delle forme cantonali.

Il Ticino appartiene al gruppo dell'art. 48 Titf., secondo cui, la protezione della pubblica fede non viene applicata sino all' introduzione del Rf., cioè fino a quando dura il regime ad interim del Rfp.

Il Rfp. gode unicamente dell'*effetto negativo limitato* della pubblica fede, nel senso degli art. 971/72.

Esiste cioè il principio dell' iscrizione obbligatoria dei diritti reali : ove per la costituzione di un diritto reale sia prevista l' iscrizione a Rf., *il diritto reale esiste solo in virtù*

dell' iscrizione medesima (art. 971), *nel grado e dalla data dell' iscrizione.*

Il Rfp. a sensi dell'art. 48 Tf. è un surrogato del Rf.; per quanto concerne la nascita, il trasferimento, la modificazione, l'estinzione dei diritti reali è applicabile solo il CCS. (art. 16, LG 33).

Giusta l'art. 17/1 Tf. il principio negativo sancito dagli art. 971/72 viene derogato, vien limitato, perchè secondo il tenore del citato articolo, rimangono in vigore i diritti reali costituiti prima del 1. gennaio 1912, cioè nati sotto l' imperio del diritto cantonale. Il Rfp. non esplica quindi effetto negativo, nel senso che diritti reali non iscritti si considerano come inesistenti nei confronti dei terzi, ma tale principio subisce un'eccezione, vien ristretto, limitato nella sua portata e applicato unicamente ai diritti costituiti *dopo* il 1912, mentre quelli nati *prima* di questa data e costituiti in forma valida, cioè secondo la legislazione cantonale, continuano a sussistere di fronte a chicchessia, indipendentemente dal fatto dell' introduzione del Rfp. Per questa peculiarità si denomina « effetto negativo limitato » e costituisce una restrizione del principio generale dell'effetto negativo del Rf.

Il principio che regge il sistema del Rfp. è l'opposto di quello su cui s'impernia il Rf. in quanto se il contenuto del Rfp. non corrisponde al diritto materiale, decisivo e preponderante è quest'ultimo e non il formalismo del R.: il terzo in buona fede è escluso ed alieno da ogni e qualsiasi protezione della pubblica fede.

Nell'ambito del Rfp. il terzo in buona fede viene a trovarsi nella situazione seguente :

1) L'acquirente in buona fede non deve unicamente fare assegnamento sulla circostanza che una persona, in quanto iscritta, sia realmente il vero avente diritto. Se l'alienante fosse iscritto indebitamente per es. perchè ha acquistato da un incapace o da una persona sottoposta a tutela, il terzo in buona fede, l'acquirente non avrebbe acquisito nessun diritto, non sarebbe, cioè, protetto.

2) Colui il quale venisse liberato d'un onere da una persona iscritta come proprietaria, non sarebbe validamente svincolato dall'aggravio, se la persona iscritta non fosse, in realtà, il vero proprietario, avente diritto.

3) L'acquirente di un diritto reale deve lasciarsi opporre tutti i diritti attinenti al fondo, quando essi non sian desumibili o non esattamente desumibili dal Rfp. Il suo diritto deve dare la precedenza a questi diritti costituiti anteriormente. Anche se, per es., un precedente diritto di

pegno fosse stato estinto indebitamente, l'acquirente ulteriore non potrebbe appellarsi a quest'estinzione [1]).

Riassumendo si può dire che l'applicazione dell'art. 973 è esclusa dall'art. 48 Tf.; conseguenza dell' iscrizione a Rfp. è l'effetto negativo limitato cioè : *per i diritti reali costituiti dopo il 1. gennaio 1912, la loro esistenza è subordinata all' iscrizione e la portata di essi è delimitata dall' iscrizione.*

§ 4) PUBBLICITA' DEL REGISTRO PROVVISORIO

L'art. 970, proclamante la pubblicità del Rff. è suscettibile d'applicazione anche nei confronti del Rfp. [2]).

La pubblicità sancita da quest'articolo non riveste la importanza che assume invece per il Rff.: infatti, come già abbiamo visto, il Rfp. gode soltanto del lato negativo dell'efficacia espleta dell'art. 973, e non del lato positivo, cioè, della presunta, finta esattezza del Rf. a favore dei terzi in buona fede. Ne vien di conseguenza che più importante per il Rfp. è la conoscenza della situazione reale del diritto materiale in quanto lo stato giuridico di fatto è preponderante, è decisivo così da distruggere la presunzione della conoscenza del Rf. che, in caso di conflitto tra diritto materiale, di fatto e formalismo del Rf., deve soccombere e perde ogni valore. Non così, invece, nell' ipotesi del Rff. dove, a favore del terzo in buona fede, vien presunta la conoscenza del Rf. e tale presunzione, salvo il caso di mala fede, non può essere combattuta, distrutta considerandosi, in omaggio all'effetto positivo della pubblica fede, il contenuto del Rf. esatto, anche nell' ipotesi in cui fosse in antagonismo coi dati di fatto, materiali.

D'altro lato è innegabile che non soltanto nei riguardi del Rff., ma anche nei confronti del Rfp., la cerchia delle persone che posson prendere in esame il R. non debba essere illimitata, che ognuno non possa in ogni tempo e circostanza far valere il diritto di esame del Rf.: ciò significherebbe favorire interessi ingiustificati, soddisfare la sem-

---

[1]) cfr. Jenny pag. 209 e s.; Mutzner comm. art. 48 Tf.

[2]) Che una simile presunzione valga anche per le forme previste dall'art. 48 Tf., cioè nel nostro caso per il Rfp., è espressamente dichiarato da Ostertag, comm. art. 970/3: « die Kenntnispräsumption gilt auch schon vor Einführung des eidg. Grundbuches ».

plice curiosità e non v'ha chi non veda quale pregiudizio ne sortirebbe a scapito degli interessi delle persone iscritte.

E' superflua ogni dimostrazione : una simile concessione sarebbe in piena contraddizione colla funzione e collo scopo del Rf.

La legge ha dovuto, quindi, provvedere alla delimitazione delle persone autorizzate a prendere in esame il Rf. e all'art. 970/2 sancisce chiaramente che soltanto « chi giustifica un interesse può chiedere l'ispezione . . . ». Cioè l'esame del Rf. richiede due estremi : uno soggettivo : esso vien concesso soltanto a colui che « giustifica », cioè che rende verosimile, « prima facie » un suo interesse; un altro oggettivo nel senso che l'esame è concesso nel limite dell'interesse giustificato.

Quale natura, quale carattere deve rivestire questo « interesse » ?

Il CCS. richiede semplicemente un interesse di fatto (ein tatsächliches Interesse) e non un « interesse giuridico » [1]), un interesse di fatto, cioè, ragionevole e degno di essere protetto (ein vernünftiges, schutzwürdiges Interes se) [2]). Tale è il contenuto e l'estensione dell' « interesse », asserito dall'art. 970/I [3]).

Come giustamente osserva Wieland, sarà il tatto ed il ragionevole giudizio dell'ufficiale del Rf. che dovrebbe decidere, in ogni singolo caso, la concessione o meno di un simile esame col diritto, in caso di diniego, di inoltrar reclamo all'autorità di vigilanza o al Tribunale federale, in ultima istanza (R.Rf. 102 e ss.) [4]).

---

[1]) Ne vien di conseguenza che il diritto all'esame non spetta unicamente a coloro che sono autorizzati da un' iscrizione, cioè che hanno un diritto sul fondo iscritto, ma esso si estende a coloro che hanno una pretesa sul fondo come ad es.: i creditori personali che vogliono contestare il contratto di vendita dell'immobile mediante l'azione paolina della LEF. (v. Leemann SZJ. 1917 p. 373 e ss.).

[2]) Così come l'esige il diritto tedesco.

[3]) Tale diritto è da riconoscersi nel caso di pretese pers., esso può riferirsi a diritti futuri e non soltanto a diritti pers. attuali, esistenti; può essere ideale, scientifico e non soltanto economico (v. Leemann op. cit. e Wieland, Ostertag comm. art. 970).

[4]) Se venisse concesso l'esame senza un diritto giustificato giusta la legge, avremmo un caso di trasgressione dei doveri d'ufficio : il danno eventuale che ne derivasse, dovrebbe venir sopportato dallo Stato e rispettivamente dall' impiegato (955) e può avere, come conseguenza, una punizione disciplinare o una azione penale nel senso dell'art. 957. (v. Z.B.G.R. 5, 89; 15, 56; IF 59; I; 252.

§ 5) ISCRIZIONI IN SENSO PROPRIO E IN SENSO LATO

Le iscrizioni costituiscono l'elemento peculiare giuridico del Rf., la base indispensabile della sua pubblicità. La legge prevede diverse specie di iscrizioni o, meglio, varie condizioni, rapporti giuridici suscettibili d'esser menzionati, annotati, iscritti a Rf. In senso lato si potrebbe dire che tutto quanto viene accolto, iscritto a registro, cade sotto il concetto generale di iscrizioni. Ciò però non deve condurre all' illazione secondo cui tutte le « iscrizioni » del Rf. hanno la medesima efficacia, presentano le medesime caratteristiche. Un esame dettagliato ci costringerà a fare delle distinzioni, elencare le iscrizioni in diverse categorie di varia efficacia, di differente carattere, efficacia e carattere esplicitamente proclamati, nei loro confronti, dalla legge.

Una prima distinzione, anche prescindendo dalla legge e che si potrebbe definire empirica, se ne trae, quando si pensi che differenti rapporti, situazioni di fatto, non possono esplicare i medesimi effetti giuridici : ogni istituto legislativo esplica un determinato effetto, in una determinata sfera che può essere più o meno ampia a seconda dell importanza pratica, della funzione economica dell'istituto e che può, quindi, avere conseguenze e riflessi, concatenazioni, più o meno decisivi, sugli altri istituti. Sta fermo il fatto però che tutte, in misura più o meno grande, si distinguono, si caratterizzano, si differenziano.

Un'altra distinzione, prettamente giuridica, deriva dall'oggetto di queste iscrizioni a loro specialmente destinato dalla legge.

a) L'art. 958 elenca i diritti reali che sono suscettibili d' iscrizione e cioè la proprietà, le servitù, gli oneri fondiari e il diritto di pegno. L'effetto di tali iscrizioni è evidente : la costituzione dei diritti reali citati [1]).

b) La legge, agli art. 959 - 960, prevede delle iscrizioni che, di primo acchito, essendo il contenuto della nota

---

[1]) Sono queste le iscrizioni per eccellenza che muovono tutto l' ingranaggio del Rf.: esse danno vita ed efficienza al diritto reale; la radiazione di una iscrizione, qualunque ne sia il motivo, trae seco l'estinzione del diritto reale, oggetto della iscrizione : esiste un rapporto intimo ed inscindibile fra diritto reale e iscrizione: il destino dell'uno è legato alla vita dell'altra.

marginale dei citati articoli compreso, come sottospecie, nel contenuto della nota marginale generale « iscrizioni » dell'art. 958, sembrerebbero aver esse medesima funzione e medesimo effetto delle iscrizioni descritte alla lett. a). In realtà però così non è.

1) L'art. 959 prevede l'annotazione di diritti personali (prelazione, ricupero, promessa di vendita, affitto o pigione). La differenza è di meridiana evidenza : esse concernono unicamente diritti personali e non reali, non tendono, cioè, alla costituzione di diritti reali, ma hanno soltanto il compito di salvaguardare i diritti personali annotati da diritti reali pregiudicevoli, posteriormente acquisiti.

2) L'art. 960 contiene alcune restrizioni della facoltà di disporre che possono venire annotate in virtù di un ordine dell'autorità a garanzie di pretese contestate od esecutive, per effetto di un pignoramento o di una dichiarazione di fallimento o di una moratoria od ancora in virtù di un rapporto giuridico per il quale l'annotazione è espressamente prevista come nei casi di asili di famiglia ecc.

Riguardano « pretese creditorie » contestate ed esecutive e rapporti personali in genere ed hanno la funzione di presidiare i rapporti annotati che potranno mutarsi in diritti reali, da ulteriori disposizioni sull' immobile contraddicenti l'annotazione stessa.

3) L'art. 961 elenca i casi di annotazione di iscrizioni provvisorie a sicurezza di asserti diritti reali e nei casi in cui sia ammessa per legge la completazione della prova.

Anch'esse non mirano alla costituzione di diritti reali, ma hanno lo scopo di assicurare il rango e la data della annotazione al diritto contestato o al diritto che manchi di una prova per esser suscettibile d' iscrizione, nel caso del loro definitivo riconoscimento.

Queste 3 categorie di iscrizioni, enumerate agli art. 959 a 961, sono comprese sotto la rubrica generale dell'art. 959: « annotazioni ».

c) Il nostro codice conosce, inoltre, le menzioni : esse non hanno nessuna forza costitutiva; non sono contenute in un unico articolo, come nel caso delle annotazioni, ma vengono espressamente ricordate dalla legge, ove occorra, in diversi articoli ed in varie occasioni (696; 805; 841; 946; 962 e 45 Tf.).

d) Come ultima categoria ricordiamo i dati di fatto che adempiono ad una funzione descrittiva del fondo come ad es. la superficie, la specie di coltura, la località, la stima dei fondi, le notizie circa la qualità e la situazione, la denominazione del fondo.

Da questa elencazione succinta si intuisce, di leggeri, la scissione delle iscrizioni in due categorie :

a) *iscrizioni in senso proprio :* sono quelle elencate dall'art. 958, quelle, cioè, che veramente costituiscono il diritto reale, che esplicano una vera forza costitutiva, creativa, che dan vita, fissano il contenuto, determinano il rango dei diritti reali.

b) *iscrizioni in senso lato :* non hanno un potere, un valore costitutivo di diritti reali ma si limitano soltanto a garantire una pretesa personale o a salvaguardare un rapporto giuridico obbligatorio da ulteriori disposizioni che potrebbero pregiudicare la pretesa o il rapporto annotato o si limitano infine alla descrizione naturale, reale del fondo adempiendo ad una funzione di carattere informativo.

CAPITOLO II.

ISCRIZIONI IN SENSO PROPRIO

§ 6) LA PROPRIETA'

Per l'acquisto della proprietà fondiaria, il CCS. sancisce il principio formale che l' iscrizione del proprietario a Rf. fa sorgere il diritto reale con tutti i suoi effetti. Prima dell' iscrizione il contratto crea soltanto un puro rapporto personale; se l'acquisto avviene in forza di legge o in base ad una sentenza (come nel caso d'acquisto per successione legittima o in via di espropriazione o di occupazione) deve essere riconosciuto il diritto di proprietà, ma dello stesso può esser disposto cogli effetti previsti dal Rf. solo dopo che l' iscrizione sia stata effettuata. In questi ultimi casi l'acquirente domanda direttamente l' iscrizione, mentre nella prima ipotesi la formalità dell' iscrizione deve richiedersi dall'alienante. Il titolo d'acquisto per la proprietà è l'atto pubblico. I documenti giustificativi da produrre per l' iscrizione sono enumerati all'art. 21 LG 33. Ciò nell' ipotesi del Rff.

Per quanto concerne il Rfp. vale quanto segue: l'articolo 16 LG 33, recita : « il Rp. ha gli effetti del Rff. per ciò che concerne la nascita, la trasmissione, le modificazioni e l'estensione dei diritti reali ».

Da questa prescrizione d' indole generale si evince il principio che, in ossequio anche all'art. 48 Tf. e al postulato della forza negativa limitata del Rfp., avviene un vero e valido trasferimento della proprietà nel senso del CCS.. coll' iscrizione a Rp., senza della quale sussisterebbe un mero rapporto personale. Nell'ambito del Rfp. come in quello del Rff., la pubblicità del contenuto del R. rende inani tutte le argomentazioni circa la persuasione ferma, la credenza, l'opinione della generalità dei cittadini, l'asserta e constatata buona fede : esse non hanno alcun valore

ed effetto giuridico nel campo assolutamente formale e documentario della proprietà fondiaria nella Svizzera, dove vige il principio occorrere l'iscrizione nel Rf. per acquistare la proprietà stessa, senza la quale nessun trapasso reale è possibile ed operante, iscrizione che fa stato « erga omnes » e che esclude la possibilità che si possa sostenere l' ignoranza del rapporto di proprietà iscritto [1]).

Relativamente, quindi, alla trasmissione della proprietà. Rff. e Rfp., coincidono pienamente [2]). Le conseguenze, gli effetti, non sono però gli stessi, non assumono la medesima estensione, portata. Il Rfp. è retto dal sistema dell'art. 48, che annienta l'efficacia positiva dell'art. 973 : il trasferimento della proprietà si verifica soltanto quando l'alienante ne sia realmente proprietario [3]). Mentre nel sistema del Rff. il terzo in buona fede, facendo assegnamento sull' iscrizione, acquista la proprietà validamente con tutti i suoi effetti, dall'alienante iscritto, sia esso realmente abilitato a disporre o meno, nel campo del Rfp. si verifica, si avvera un acquisto completamente efficace, nell' ipotesi che la persona iscritta sia realmente proprietaria, cioè quando il formalismo del registro venga confermato e constatato dal diritto materiale, dalla reale situazione di fatto.

Esiste, però, una determinata sfera di diritti riguardo alla quale, non ha forza il principio dell'effetto negativo limitato, diritti cioè, che sono validamente opponibili, sia di fronte al terzo di buona come di mala fede, indipendentemente dal fatto dell' iscrizione a Rp. e sono *i diritti reali costituiti sotto l' imperio del diritto cantonale*. Il loro riconoscimento è esplicitamente dichiarato dalla legge all'articolo 17 Tf.: « i diritti reali acquisiti prima dell'entrata in vigore di questo codice continuano a sussistere sotto riserva delle disposizioni sul Rf. ». Il legislatore svizzero, in opposizione a Savigny [4]), sancisce la piena validità giuridica anche dei diritti reali acquisiti sotto il regime d'un diritto anteriore e che si riferiscono a istituti giuridici scomparsi.

E' bene ricordare che non è sufficiente che sia esistente la causa, il motivo, la pretesa giuridica alla costituzione del diritto reale, ma è indispensabile che il diritto esista come tale al 1. gennaio 1912 [5]).

---

[1]) Cfr. RGP. 1926, pag. 480.

[2]) L' iscrizione deve avvenire nell'apposito registro delle « mutazioni e servitù ».

[3]) Cfr. Trib. fed. 52; 11; 20.

[4]) Cfr. Mutzner comm. art. 17 Tf.

[5]) Cfr. Mutzner comm. art. 17 Tf.

Chi al 1. gennaio 1912 sia l'avente diritto si decide secondo il CCT, cioè colui il quale in questo istante racchiudeva, nella sua persona, tutti i presupposti richiesti dalla legislazione cantonale [1]).

Gli interessati di rapporti giuridici preesistenti, possono chiedere l'iscrizione di questi a Rfp. Il messaggio accompagnante la LG 33 dice a proposito: «« Fra le variazioni secondarie notiamo l'aver steso l'iscrivibilità dei rapporti giuridici anche a quelli costituiti secondo il vecchio diritto. La regola contraria sanzionata dalla legge del 1911 (articolo 13/2) dipendeva dal concetto, giusto in sè medesimo, che non si debbano fare iscrizioni se non si è sicuri della attuale concordanza della volontà delle parti, potendo essere insorto un motivo fra loro di dissenso. Ma a questa giusta preoccupazione può essere altrimenti provveduto. Basta che la richiesta d'iscrizione emani da tutte le parti interessate in quel dato rapporto giuridico. Così potrà essere iscritto ogni precedente, non essendo nè giusto, nè conforme agli interessi statali, l'escluderlo di quella poca o molta garanzia che offre il Rp. secondo l'art. 48 Tf. ». Infatti l'articolo 15/2 della legge G 33 suona come segue: « I rapporti giuridici preesistenti possono essere iscritti solo in quanto la richiesta di iscrizione sia fatta da tutti gli interessati e sia corredata dai necessari documenti giustificativi » [2]).

§ 7) SERVITU', ONERI FONDIARI, DIRITTI PER SÈ STANTI E PERMANENTI

I. - Servitù ed oneri fondiari.

Parallelamente alle disposizioni sull'acquisto della proprietà fondiaria (art. 656/1), l'art. 731/1 richiede per la co-

---

[1]) Si possono verificare diverse ipotesi:

Se, prima dell'entrata in vigore del CCS, esistevano tutte le condizioni richieste dal CCT, allora l'acquisto sussiste, anche quando il CCS, prescrivesse altri presupposti.

Se la costituzione di un diritto reale non venne validamente riconosciuta per il difetto d'un requisito essenziale sancito dal CCT, il diritto reale non può crescere in vita col 1. gennaio 1912 anche se il CCS ordinasse una premessa diversa da quella richiesta dal CCT.

Se, infine, esistono soltanto alcuni dati giuridici essenziali richiesti dal CCT, il rimanente di essi si giudica a stregua del CCS. In quest'ultimo caso, secondo Mutzner, si può chiedere, motu proprio, l'iscrizione perchè « nel documento è implicita l'autorizzazione all'iscrizione ».

[2]) L'art. 13/2 della legge del 1911 ordinava: « Possono essere iscritti solo in quanto la loro esistenza risulti o sia confermata da sentenza giudiziale dopo l'entrata in vigore del CCS. ».

stituzione di diritto reale delle servitù prediali, dell'usufrutto [1]), e altre servitù, oneri fondiari [2]), la iscrizione a Rf.

Il CCS. segue in ciò il principio adottato dai codici germanico ed austriaco. Codesto principio vale per la costituzione mediante negozio giuridico in modo assoluto. Riguardo alle altre cause d'acquisto, nonchè alle condizioni dell' iscrizione a Rf., la legge istituisce parimenti un parallelo colle disposizioni concernenti la proprietà fondiaria [3]). Questo parallelismo è rotto unicamente dall'art. 732 circa la forma del contratto di diritto obbligatorio in confronto alla disposizione di forma dell'art. 657.

Il CCS., come fa bene osservare Leeman, non distingue più fra servitù urbane e rustiche o rurali, fra servitù continue e discontinue, apparenti e non apparenti, e non riconosce soltanto un « numerus clausus » di servitù. In confronto dei diritti anteriori, l'attuazione dell'obbligo della iscrizione significa, per la maggior parte dei cantoni, una innovazione radicale nel senso d'un assai ragguardevole progresso.

Questi principî, non v'ha dubbio, sono analogamente come per la proprietà, applicabili anche per il Rfp. in base al già citato art. 16/1 della LG 33.

Anche nei riguardi delle servitù è esclusa la protezione della pubblica fede giusta l'art. 973.

Per quel che concerne le servitù che, pur non essendo iscritte a Rfp., potranno essere validamente opposte al terzo in buona fede, dobbiamo rilevare quanto segue : se un rapporto giuridico costituito sotto il regime del diritto cantonale, debba considerarsi una servitù, deve decidersi giusta la nuova legge, cioè se le servitù così costituite possono essere inquadrate e compatibili col concetto di servitù della nuova legge : il suo contenuto viene disciplinato dai disposti del CCS. E' d'uopo anche avvertire che i contraenti, in determinate circostanze, possono meglio individualizzare o eccezionalmente derogare il contenuto del diritto reale, modificandolo nei confronti dell'estensione circoscritta dalla legge. Queste convenzioni derogative o modificative vengono riconosciute dalla nuova legge a condizione che non contraddicano una norma coercitiva del CCS.

Nel giudicare, quindi, un diritto reale costituito antecedentemente al CCS. è opportuno procedere nel modo seguente : devesi, avantutto, considerare se si tratta d'un

---

[1]) Art. 746/1.
[2]) Art. 783/1.
[3]) Art.: 656/2; 661-663; 665; 963 ecc.

istituto che possa essere costituito a sensi del CCS.; se ciò si avvera e l' interpretazione del contratto, base del diritto reale, fosse controversa, dubbia, l' interpretazione dovrebbe avvenire a norma della legge che vigeva al momento della conclusione del contratto, perchè è appunto tale diritto che deve servir da guida e facilitare l' interpretazione della volontà delle parti [1]). Infatti l'art. 3 Tf. stabilisce il principio generale che i rapporti giuridici il cui oggetto è regolato dalla legge indipendentemente dalla volontà delle parti sono sottoposte alla nuova legge dal momento della sua entrata in vigore, anche se compiuti anteriormente.

L'applicazione di questo principio generale non potrebbe essere scartata in materia di diritti reali, a meno che non fosse stata espressamente esclusa. L'art. 17/2 non fornisce nessun argomento. Ne consegue, quindi, che i diritti reali costituiti sotto il diritto cantonale, il cui contenuto sia stabilito dalle parti, ed in particolar modo le servitù, rimangono regolati dalla legge cantonale anche dopo il 1. gennaio 1912.

Nella legislazione ticinese tanto nel CCT. del 1837, quanto in quello del 1882, le servitù hanno un identico profilo giuridico.

L'acquisto delle servitù apparenti ed affermative avviene mediante possesso o in forza di un titolo; per le servitù negative e quelle affermative non apparenti unicamente con un titolo scritto; era sconosciuta la costituzione di servitù in forza di una sentenza giudiziaria; il contratto semplice era sufficiente, senza alcun'altra esigenza formale, a costituire la servitù. Retaggio della legislazione francese sono le cause d'estinzione delle servitù : riunione in una persona medesima della proprietà dei fondi dominante e serviente.

Regola è quindi : che tutti i diritti reali costituiti prima dell' introduzione del CCS. continuano a sussistere con tutti gli effetti della legge cantonale, senza che occorra di iscriverli a Rfp., ciò vale specialmente in riguardo alle servitù, il cui contenuto dipende dalla volontà delle parti sotto riserva della retroattività delle disposizioni del CCS., dettate nell' interesse dell'ordine pubblico e dei buoni costumi [2]).

Un problema importante è la questione di sapere se sia possibile iscrivere una servitù a Rfp., senza che vi sia iscritto, intavolato il fondo, sui cui essa grava.

---

[1]) Cfr. Mutzner comm. art. 17 Tf.
[2]) Cfr. RPG. 1924 pag. 683 e art. 2 Tf.

E' vero che esiste la possibilità offerta dall'art. 15/2 LG 33 : « i rapporti giuridici preesistenti possono essere iscritti solo in quanto la richiesta d' iscrizione sia fatta da tutti gli interessati e sia corredata dai necessari documenti giustificativi », cioè, in base a questo disposto, si potrebbe dapprima, procedere all' iscrizione del fondo e, in un secondo tempo, chiedere l' iscrizione della servitù costituita. Soltanto non sempre gli interessati saranno unanimi nella concessione di una simile richiesta, specialmente per il dispendio finanziario ch'essa comporta. Si deve, quindi, trovare una via d'uscita, prescindendo dalla suddetta norma.

L'art. 16 LG 33 statuisce che per quanto concerne la nascita, la modificazione ecc., dei diritti reali e, implicitamente, delle servitù è applicabile il CCS. La legge all'articolo 731 esige, come abbiamo visto, per la costituzione di una servitù l' iscrizione a Rf. Ora, è evidente, una tale norma deve trovare applicazione altrimenti l'art. 16 LG33 che fa riferimento al CCS. per quanto concerne la costituzione dei diritti reali, non avrebbe nessuna ragion d'essere, non avendo nè senso, nè scopo. La iscrizione deve, quindi, essere ammessa essendo essa in armonia colla funzione, colla « ratio » dell'art. 16 LG 33.

Che una simile possibilità abbia ad essere ammessa è rafforzata dal contenuto del disposto dell'art. 20 LG 33 il quale elenca i requisiti che devono essere contenuti nella richiesta d' iscrizione d'una servitù e all'al. 3 richiede esplicitamente una semplice « indicazione » del fondo o dei fondi ai quali si riferisce la servitù, non esige cioè una « iscrizione », ciò che è ben diverso.

II. - Diritti per sè stanti e permanenti.

E' possibile l' iscrizione di un diritto per sè stante e permanente (art. 943/3), prima della introduzione del Rff. cioè durante il periodo transitorio del Rp. e può, di conseguenza, essere gravato di servitù ?

L'art. 7 del RRF. descrive la natura e le condizioni richieste per questi diritti per essere suscettibili d'iscrizione:

I diritti per sè stanti e permanenti costituiti sui fondi, come i diritti di superficie e i diritti di sorgente, possono essere, ad istanza scritta del titolare, intavolati [1]) quali im-

[1]) Vogliamo far rilevare che al posto di « intavolazione » usiamo l'espressione « iscrizione », perchè, a nostro modesto avviso, « intavolazione » significa l'apertura d'un foglio destinato ad ogni fondo e le relative operazioni tecniche che concernono unicamente il Rff., essendo il Rfp. retto a sistema personale o meglio con un sistema misto personale e reale.

mobili nel Rf. L' intavolazione d'un tal diritto può avvenire solo quando :

1) il diritto esista come servitù sopra un fondo di dominio privato, oppure sopra un fondo di dominio pubblico dello stesso circondario e non sia costituito a favore di un fondo dominante, nè esclusivamente a favore di una determinata persona;

2) sia costituito per trent'anni almeno o per tempo indeterminato.

Per sè stante è, quindi, un diritto quando non è vincolato ad un fondo ma è pertinente ad una persona, non in modo assoluto però, bensì nel senso ch'essa abbia la facoltà di alienarlo a persone fisiche e giuridiche.

Permanente è il diritto che appare costituito da 30 anni o da tempo immemorabile; non ha perciò importanza il fatto che la sua costituzione sia avvenuta prima del 1912; decisivo è unicamente la circostanza che il diritto corrisponda ai requisiti richiesti dal CCS.

Se questi diritti debbano o meno essere considerati alla stregua dei fondi, dipende dalla volontà dell'avente diritto il quale ha facoltà di chiederne l' iscrizione.

D' importanza decisiva per la soluzione del quesito essere possibile o meno gravare un diritto per sè stante di una servitù, è l'art. 47 Tf. : « le disposizioni di questo codice sui diritti reali sono applicabili in generale, anche prima dell' impianto del Rf. ». In altre parole : un diritto reale è valido tanto dal punto di vista materiale come da quello formale indipendentemente dalla circostanza della introduzione del Rf.; escluso rimane soltanto o rimangono soltanto gli effetti delle disposizioni che concernono ed interessano direttamente il Rf., cioè che sono intimamente congiunte coll'esistenza del Rf.

Il nocciolo della questione sta a sapere se sia o meno suscettibile di costituzione e di conseguente iscrizione un diritto di per sè stante, anche durante il regime del Rp., cioè se la sua iscrizione rientri in quella categoria di fatti che possono avverarsi senza l' indispensabile presupposto del Rf., non postulando la loro efficacia il tipo del Rff.

Il modo d' intavolazione di questi diritti è chiaramente ordinato dall'art. 9 Rff.: dev'essere aperto nel Rf. un foglio proprio. L'apertura d'un foglio a Rf. è possibile soltanto laddove esiste un Rff. a sistema reale. Ciò che non si verifica nel nostro caso : il nostro Rfp. è tenuto a sistema personale. Una simile esigenza formale non esclude l' iscrizione di un diritto per sè stante piuttosto essa può essere equiparata all' iscrizione d'un fondo non ancora descritto,

« intavolato », a Rf.: l'unica differenza sta nel fatto che l'oggetto dell' iscrizione, invece di consistere in un fondo, è un diritto semplicemente. Di conseguenza, esiste la possibilità, indipendentemente dall' introduzione del Rff., di iscrivere nel Rfp. i diritti per sè stanti [1]).

Riteniamo quindi, insieme con Leemann, erronea la sentenza del Trib. fed. apparsa nel « Blätter für zürcherische Rechtsprechung » [2]) in cui si legge che una servitù non può essere costituita su di un diritto per sè stante « fintanto che nel circolo del Rf. competente il vecchio sistema della omologazione (nel nostro caso il Rfp.), non venga sostituito dal Rff. a fogli reali, perchè a un diritto reale per sè stante può esservi costituita una servitù quando gli sia aperto un foglio speciale ».

L'accettazione di un simile giudizio sarebbe molto pregiudicevole nei confronti del commercio e del credito immobiliare; infatti avrebbe come naturale conseguenza, che non solo diritti a sè stanti non potrebbero venir gravati di servitù sino all'introduzione del Rff., ma verrebbero pure esclusi dal credito immobiliare. E. specialmente, i più preziosi e redditizi diritti di sorgente per un lungo giro di anni, non potrebbero formare oggetto d' ipoteca, circostanza che invece era possibile nei diversi cantoni prima del 1912 [3]).

§ 8) LA PRESCRIZIONE ACQUISITIVA ORDINARIA E STRAORDINARIA (Art. 661 e 662)

Il nostro codice contiene due forme di prescrizione acquisitiva : la prescrizione acquisitiva ordinaria o tabulare dell'art. 661 e la prescrizione acquisitiva straordinaria dell'art. 662, detta anche extratabulare [4]).

Non occorre accentuare l' importanza pratica che quest' istituto assume specialmente per il diritto transitorio e che ricorda il principio di Gaio: « ne dominia in perpetuum incerta maneant ».

La sua importanza, infatti, è molto maggiore nei cantoni, nei comuni in cui vige ancora una forma di pubblicità

[1]) cfr. SJZ 24; pag. 377 e segg.
[2]) Vol. 18 pag. 83; 19 dicembre 1918.
[3]) cfr. SJZ 24; pag. 378. Leemann.
[4]) La prescrizione acq. ord. o prescrizione tabulare « Buchersitzung »; prescrizione acq. straord. o extratabulare « Blankoersitzung ». cfr. Tuor pag. 467.

cantonale giusta l'art. 48 Tf. [1]) come nel nostro caso, che non nei comuni in cui è stato impiantato il Rff. o forme similari come all'art. 46 Tf. Però, anche laddove il traffico immobiliare viene disciplinato dall' istituto del Rff., l'ordinamento giuridico non può perdere di vista la prescrizione acquisitiva « per sanare le falle e correggere i difetti che si possono avverare » [2]) tenendo conto dell'imperfezione umana.

I. - Prescrizione acquisitiva ordinaria.

A) Per la proprietà.

I presupposti richiesti dalla legge sono i seguenti :

a) *iscrizione indebita* (quando sia avvenuta senza titolo giuridico o per un atto giuridico non vincolante, articolo 974/2) ;

b) *possesso.* Il termine decennale comincia a *decorrere dal momento dell' iscrizione del prescrivente come proprietario* [3]). La prescrizione presuppone l'effettivo esercizio e la volontà di possedere in proprietà. Inoltre il possesso dev'essere ininterrotto e pacifico [4]). Circa la prova del possesso vale la presunzione comune: « olim possessor et hodie possessor » ;

c) *buona fede* [5]). Il CCS., in contrapposizione al diritto romano, segue il principio sancito dal diritto canonico: « mala fides superveniens nocet », cioè la buona fede non deve soltanto esistere all' inizio della prescrizione, bensì durante tutto il termine prescrittivo, cosicchè una conoscenza posteriore e positiva circa la dubbia autorizzazione

---

[1]) cfr. Haab comm. 661; 662; 663.

[2]) cfr. Guhl ZBJV. pag. 241 e ss. vol. 65.

[3]) Alcuni commentatori, poggiandosi al testo dell'art. 661, hanno dedotto che il termine debba cominciare a decorrere dall'esercizio del possesso e non dall' iscrizione : il Trib. fed. ha però accennato all' intimo rapporto tra la prescrizione e l'azione dell'art. 975 ed ha completato il testo della legge nel senso che il termine decennale comincia a decorrere dal momento della iscrizione del prescrivente come proprietario (52; 11; 24) e Guhl, op. cit.

[4]) cfr. comm. Haab art. 661. Il possessore che vuol fare valere la prescrizione ha diritto di aggiungere al suo possesso quello del suo autore in quanto fosse idoneo a prescrivere.

[5]) « Scusabile ignoranza di un difetto giuridico », « schuldlose Unkenntnis des Rechtsmangels » così Guhl, Egger, Leemann, Haab, Hegetschweiler ecc.

d'esercizio del diritto acquistato, ostacola e vieta la prescrizione, sospende, cioè, il decorso del termine [1]);

d) *termine trascorso.* L' iscrizione è il « dies a quo » della prescrizione, cioè da questo momento comincia a decorrere.

B) Per le servitù.

L'art. 731/3 statuisce : « L'acquisto di una servitù mediante prescrizione è possibile solo a riguardo di fondi la cui proprietà può essere essa medesima acquistata con la prescrizione ».

Al posto del possesso della cosa subentra qui il possesso giuridico decennale, pacifico, ininterrotto cioè l'effettivo esercizio della servitù; al posto dell' iscrizione della proprietà, quella della servitù a Rf.; la buona fede si riferisce al modo di acquisto della servitù (atto di costituzione), al posto della causa giuridica per il trasferimento della proprietà.

Inoltre, l'art. 731/3, deve significare che, oltre alle tre condizioni suddette, debba esistere il postulato che sul fondo serviente su cui vorrebbesi prescrivere la servitù, debba simultaneamente poter venir prescritta la sua proprietà ? Cioè, nel senso che il proprietario del fondo serviente sia iscritto indebitamente come tale a Rf. e che, giusta l'art. 661 contemporaneamente, venga prescritta anche la proprietà ? Oppure, nel senso che il fondo serviente, a norma dell'art. 662, non sia iscritto a Rf. ? Verrebbe, in quest'ultima ipotesi, necessariamente a mancare la base della prescrizione perchè farebbe difetto l' iscrizione del fondo serviente a Rf. !

Oppure, infine, nel senso che il fondo serviente su cui si vuole prescrivere la servitù sia bensì iscritto, però il proprietario non sia desumibile oppure sia morto o scomparso ? Quest' ipotesi non avrebbe senso, perchè non è possibile che un fondo serviente, iscritto a Rf., che non abbia un vero proprietario da 30 anni, abbia potuto venir gravato d'una servitù, occorrendo per la sua iscrizione, il consenso del proprietario ! [2]).

Leemann ed una sentenza del Trib. cant. di S. Gallo, hanno accolto quest'ultima interpretazione, sostenendo Leemann, nel suo commento all'art. 731/3, riferirsi esso esclusivamente alla prescrizione trentennale [3]).

---

[1]) cfr. Wieland, Leemann, Haab comm. art. 661.

[2]) cfr. Guhl, op. cit.

[3]) Sentenza del Trib. cant. di S. Gallo dell'8 ottobre 1917. cfr. ZBJV. 65 pag. 245.

L' interpretazione del Trib. fed. è la seguente : « Ci sono diverse categorie di fondi che per la loro natura e la loro destinazione sono escluse dalla prescrizione della proprietà e anche da quella delle servitù ».

Abbiamo già, succintamente, accennato ai requisiti legali necessari per la prescrizione delle servitù. Dobbiamo ora aggiungere alcuni dettagli che ci sono indispensabili :

a) possesso decennale; al contrario della proprietà, è richiesto il possesso giuridico a norma dell'art. 919/2, cioè « l'effettivo esercizio del diritto ». Nelle servitù affermative, in cui il proprietario deve permettere certi interventi da parte dell'avente diritto della servitù, la prova dell'effettivo esercizio non offre difficoltà di sorta : il diritto asserto potrà essere dimostrato con la produzione di testimoni, oppure colla dimostrazione di impianti eseguiti a proposito ecc. [1]).

La legge esige, inoltre, possesso pacifico ed ininterrotto : nella prescrizione ordinaria di servitù, questi requisiti non hanno gran che di importante; vengono senz'altro riconosciuti, perchè come secondo requisito è richiesta la iscrizione, pure decennale, a Rf. Se il proprietario del fondo serviente ha tollerato per la durata di 10 anni l' iscrizione indebita o infondata a Rf., senza impugnare l'azione dell'art. 975, è sufficiente questa circostanza, per fare del possesso del prescrivente, un possesso pacifico ed ininterrotto. Deve, quindi, essere condivisa l'opinione di Ostertag [2]), secondo cui, anche se la servitù viene esercitata da parte del proprietario del fondo dominante una sola volta, è sufficiente per provarne il possesso giuridico.

La regola suesposta non può venir applicata nel caso di servitù fondiarie negative, in cui il proprietario del fondo serviente si obbliga a tralasciare e ad astenersi dall'esercizio della proprietà (non facere), in determinate circostanze; per es.: il prescrivente di un divieto di costruzione o di fabbrica prova il possesso giuridico se dimostra che il proprietario del fondo serviente durante il termine prescrittivo decennale, non ha costruito un edificio in contrasto colla restrizione pattuita ? Il contegno di questo proprietario può essere puramente casuale, accidentale : non aveva alcuna intenzione di costruire !

Dal suo contegno non si può, quindi, evincere ch'egli abbia rispettato la servitù del prescrivente e gli abbia procurato il necessario possesso giuridico.

---

[1]) Guhl, op. cit., pag. 248.
[2]) cfr. comm. art. 919 n. 29.

Per le servitù negative, il prescrivente deve, all' inizio del termine di prescrizione, dichiarare espressamente il divieto d' intraprendere determinate azioni. Così anche il Trib fed.: «[1]) ... pour qu'on puisse parler de possession en pareil cas, il faut donc nécessairement qu'il ait eu une défense préalable faite au propriétaire du fonds servant d'user sur la propriété des facultés que la servitude a pour but d'empêcher ... ».

Ora, il divieto espresso al proprietario del fondo serviente, può venir sostituito, surrogato, dall' iscrizione a Rf. della servitù negativa ? A simile quistione devesi, giustamente, rispondere nel senso che l' iscrizione a Rf. *come tale non sostituisce il divieto,* ma che la conoscenza da parte del proprietario del fondo serviente dell' iscrizione, rappresenta, contiene *un divieto sufficiente.* L'art. 970/3, secondo cui la conoscenza del Rf. è ammessa senza possibilità di confutazioni, non è efficace nei confronti di questo rapporto giuridico[2]).

« Sans doute est-il vrai que d'après certains auteurs (Wieland art. 919, 3a e Ostertag 919, 30) l' inscription tiendrait lieu d'une défense formelle et pourrait suffire à faire courir le délai de prescription. Que cette opinion soit conforme aux intentions du législateur, la question n'a pas à être examinée en l'espèce, car si on devait la trancher par l'affirmative ce ne pourrait être en tout cas que pour des raisons tirées des conditions particulières de la procédure d' inscription de droit suisse, c'est-à-dire du fait qu'aucune inscription ne peut être faite sans le consentement préalable du propriétaire de l' immeuble, et que, dans le cas d'ailleurs limités (cfr. Ostertag art. 969 rem 3) auxquels se rapporte l'art. 969, le propriétaire pourrait être réputé avoir eu connaissance de l' inscription, soit de la défense, du jour, où il aurait reçu la communication prévue au dit article ... ».

b) La seconda premessa è l'esistenza di una *iscrizione indebita* della servitù nel Rf., come per la proprietà. Col requisito dell' iscrizione come postulato della prescrizione viene abolita l'« usucapio libertatis »: anche il tralascio dell'esercizio della servitù non comporta la liberazione dell'aggravio della proprietà del fondo. Il non uso della servitù non ha più importanza per se stesso, ma serve soltanto come mezzo di prova dell' inesistenza d'un interesse

---

[1]) Trib. fed. 52; 11; 117 ff.
[2]) cfr. Guhl, op. cit.

dell'avente diritto e, perciò, un motivo valido per la richiesta di riscatto della servitù giusta l'art. 736 [1]).

c) Come terzo requisito è necessaria la *buona fede:* valgon qui le norme della buona fede concernenti il Rf. Colui il quale sa o avrebbe dovuto sapere che l'alienante d'una servitù al momento della conclusione del contratto non era proprietario del fondo serviente o era incapace di disporre, non è considerato in buona fede.

Per il resto vale quanto già si espose in merito alla proprietà. E' da notare che questo modo di prescrizione perderà della sua importanza coll' introduzione del Rf., perchè appellandosi all'art. 973 si raggiungerà, in modo più semplice e facile, lo scopo che si prefigge la prescrizione ordinaria.

II. - Prescrizione acquisitiva straordinaria.

A) Per la proprietà.

La prescrizione straordinaria o extratabulare presuppone, come si può arguire dalla sua denominazione, che il fondo non sia iscritto a Rf. o che il suo proprietario non sia desumibile dallo stesso (art. 662).

E' possibile nei seguenti 3 casi :

a) quando il fondo non sia iscritto a Rf.;

b) quando il fondo sia iscritto ma non sia desumibile nessuna notizia circa il proprietario;

c) quando il fondo sia iscritto e sia anche conosciuto il proprietario, ma esso, ab inizio del termine prescrittivo, sia morto o scomparso.

Questi tre casi hanno in comune la caratteristica che dal Rf. non sian desumibili dati sufficienti sulla persona del proprietario e che, quindi, la prescrizione non può venir in conflitto con le risultanze del Rf. o, al massimo, abolisce un' iscrizione puramente formale, di nessun valore di diritto materiale.

La buona fede del prescrivente non è richiesta.

E' necessario il possesso trentennale, pacifico, ininterrotto (662). L'accessio possessionis è possibile.

B) Per le servitù.

L'art. 731 esige per la costituzione di una servitù la iscrizione. Se il fondo serviente non è iscritto a Rf. o se da esso non risulta nessun proprietario non vi può essere

---

[1]) v. TF. 62; II; 135.

iscritta nessuna servitù, perchè soltanto il proprietario del fondo serviente può disporre su di esso, così come nel caso di morte o scomparsa : in concreto, formalmente, esiste un avente diritto; in realtà, fa difetto la persona, il soggetto.

Però, anche quando fossero date le 3 premesse, non sempre esiste la necessità di ricorrere all' istituto della prescrizione straordinaria. Ci si può poggiare su di un titolo che, giusta la legge, serve come documento giustificativo, sulla causa giuridica (contratto scritto, testamento, sentenza) e, in tal modo, chiedere l' iscrizione del fondo serviente a Rf.: appellarsi alla prescrizione sarebbe, allora, inutile.

Soltanto quando fa difetto e si è sprovvisti d'un documento giustificativo, è necessario e possibile la prescrizione straordinaria : il documento giustificativo viene, in tal caso, surrogato, sostituito dall'esercizio effettivo, trentennale della servitù; il giudice dispone sulla base della procedura di bando a norma dell'art. 662/2 per l'iscrizione a Rf. della servitù.

III. - La prescrizione acquisitiva secondo il C.C.T.

La legislazione ticinese disciplinava l' istituto della prescrizione nel modo seguente :

L'art. 912 recita : « I requisiti della prescrizione sono il possesso legittimo, il giusto titolo e la buona fede ».

L'art. 925 statuisce : « Chi possiede con giusto titolo e in buona fede come proprietario, un immobile pel corso di anni dieci, ne acquista il dominio e qualunque altro reale diritto ».

L'art. 928, contiene un'altra forma di prescrizione : « Chi possiede, ancorchè non consti se con giusto titolo e buona fede, un immobile pel corso d'anni trenta, ne acquista il dominio, e qualunque reale diritto, e si libera egualmente dai carichi che rendevano meno perfetto il dominio».

In altri articoli è disposto: che il possesso è legittimo quando sia continuo, non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco e con animo di tener la cosa come proprietario (art. 230); che quando si è incominciato a possedere in nome altrui si presume sempre che il possesso abbia continuato con lo stesso titolo, qualora non sia provato il contrario (231); che vi ha giusto titolo quando siasi acquistato il possesso per una delle cause atte a trasferire il dominio (918); che la buona fede consiste nell'opinione che quegli da cui si è ricevuto la cosa che si possiede, avesse il diritto di trasferirne il dominio (920).

IV. - Registro provvisorio e prescrizione acquisitiva

Per render chiara e logica la trattazione di quest' importante quistione, suddivideremo l'analisi del problema nei seguenti punti: disserteremo, dapprima, *sulla prescrizione ordinaria dell'art. 661* che concerne unicamente i *fondi iscritti a R.,* nei confronti della proprietà e delle servitù (A); parleremo, poi, della *prescrizione straordinaria dell'art. 662,* che interessa soltanto *i fondi non iscritti,* nei riguardi della proprietà e delle servitù (B); da ultimo, esamineremo varie quistioni circa *la possibilità o meno di continuazione* di una prescrizione di diritto ticinese (articoli 925 e 928 CCT.) a sensi del CCS. (art. 661 e 662) (C).

A) Fondi iscritti.

1. - Prescrizione acquisitiva ordinaria per la proprietà.

Dobbiamo, avantutto, vedere se la prescrizione dell'art. 661, sia suscettibile d'applicazione anche nell'ambito del Rfp.

In linea generale il diritto immobiliare è entrato in vigore, simultaneamente, insieme colle altre parti del CCS., il 1. gennaio 1912 (art. 47 Tf.), con riserva delle disposizioni circa il Rff. Si tratta di esaminare se l'art. 661 possa ugualmente trovare campo d'applicazione in difetto dell' impianto del Rff., specialmente in mancanza della relativa efficacia della publica fides, espleta dall'art. 973.

Il Tribunale fed. [1]) ce ne dà una risposta esauriente: « . . . non soltanto l'art. 19 del CCS, prescrive espressamente che la prescrizione acquisitiva è sottoposta alla nuova legge dal momento che questa entra in vigore, ma alla applicazione dell'art. 661, sebbene esso presupponga che chi pretende la prescrizione sia iscritto a Rf. quale proprietario, *non ostano difficoltà anche laddove non sia introdotto il Rff., secondo il CCS. o non sia stato stabilito altro organo di pubblicità parificato allo stesso secondo l'art. 48 T. f. a riguardo della nascita ed estensione dei diritti reali, adunque, anche la prescrizione, gli effetti del Rf. sono collegati colle forme designate dai cantoni* ».

La prescrizione è, inoltre, indipendente dalla pubblica fede:

« . . . gli effetti del Rf. a favore dei terzi in buona fede consistono secondo l'art. 973 in ciò, che chi in buona fede ha acquistato una proprietà od altri diritti reali riferen-

---

[1]) cfr. RGP. 1926, pag. 267.

dosi all'iscrizione nel Rf. dev'essere protetto nel suo acquisto anche se quella iscrizione non fosse giustificata. L'attore non può riferirsi a tali effetti dell'iscrizione.

Nella prescrizione acquisitiva non trattasi menomamente di ciò, che un terzo abbia acquistato a danno del proprietario vero ma non iscritto, la proprietà dalle mani di chi è iscritto illegittimamente come proprietario, perchè si sarebbe riferito all'iscrizione a favore di quest'ultimo, ma dell'acquisto della proprietà di quello stesso che è iscritto indebitamente come proprietario; a ciò nulla muta il fatto che non colui che fu per primo iscritto indebitamente, ma un suo successore fa valere l'iscrizione, poichè all'appoggio dell'art. 941 può far valere il possesso dei suoi predecessori, così anche la iscrizione a Rf. o del suo equivalente, senza la quale non sarebbe neppure possibile il possesso per la prescrizione »[1].

Da quanto si è esposto si deve, necessariamente, dedurre la conseguenza che *la prescrizione acquisitiva ordinaria dell'art. 661 è suscettibile d'applicazione anche durante il periodo transitorio del Rp.*[2].

2. - Prescrizione acquisitiva ordinaria per le servitù.

Anche per quanto concerne le servitù la prescrizione ordinaria trova pure applicazione nel campo del Rp.; lo dichiara esplicitamente Guhl: « una necessaria premessa per la prescrizione acquisitiva è l'iscrizione indebita così come per la proprietà. *Fintanto che non vien introdotto il Rff., simile requisito vien sostituito dalle forme cantonali di pubblicità giusta l'art. 48 Tf., nel nostro caso, il Rfp.*[3].

B) Fondi non iscritti.

1. - Prescrizione straordinaria per la proprietà.

Il Trib. fed. ha dichiarato « che l'introduzione del Rff. non è condizione d'applicazione dell'art. 661 concernente la prescrizione acquisitiva ordinaria. Ma se ciò vale per la prescrizione acquisitiva ordinaria la quale suppone una iscrizione fondiaria, deve, a fortiori, *valere per la pre-*

---

[1]) cfr. RGP. 1926, pag. 268.

[2]) Così anche Guhl: « An die Stelle des ungerechtfertigten Grundbucheintrages tritt als Voraussetzung für die Tabularersitzung, derjenige Rechtsakt, der sonst in diesen Kantonen während der Uebergangszeit das Grundeigentum entstehen lässt oder überträgt, beispielsweise die ungerechtfertigte Eintragung in das Ersatzregister . . . ».

[3]) cfr. Guhl, op. cit., pag. 248.

scrizione straordinaria che prescinde da qualsiasi intavolazione »[1]). La prescrizione acquisitiva straordinaria è, quindi, pure ammessa nei confronti della proprietà.

2. - Prescrizione straordinaria per le servitù.

Mutzner asserisce che: « la prescrizione extratabulare di servitù è possibile *dal 1 gennaio 1912 in avanti, soltanto a carico di quei fondi sui quali è possibile la prescrizione straordinaria della proprietà* »[2]).

Da quanto si è esposto qui sopra e da quanto si è discorso a proposito della prescrizione straordinaria della proprietà, non è difficile evincere la conclusione essere *la prescrizione straordinaria dell'art 662 suscettibile d'applicazione anche riguardo alle servitù durante il periodo ad interim del Rp.*

C) Prescrizioni cantonali cominciate prima del 1. gennaio 1912.

1. — E' possibile la continuazione di una prescrizione giusta l'art. 925 CCT, a norma dell'art. 661 CCS, per la proprietà ?

Dobbiamo premettere alcune osservazioni di carattere generale.

Punto d'appoggio è l'art. 19 Tf. Come gli altri modi d'acquisto così anche quello della prescrizione si giudica a sensi del nuovo diritto. Ne consegue che l'acquisto per prescrizione d'un diritto nel regime del CCS è possibile in quanto sian dati i requisiti da esso richiesti. Questo principio soffre tuttavia d'un'eccezione: se il requisito voluto, atto a produrre una prescrizione fosse già esistito sotto l'imperio del CCT., il tempo trascorso sino all'entrata in vigore del CCS, verrebbe computato proporzionalmente secondo il termine della nuova legge, alla sola condizione che il fatto verificatosi sia suscettibile d'iscrizione a sensi del CCT.[3]).

Se ciò non si verificasse, ne verrebbe di conseguenza, che non avendosi avuto una prescrizione giusta il CCT.,

---

[1]) cfr. Trib. fed. 56; II; 182 e segg.

[2]) cfr. Mutzner comm. art. 19 Tf. n. 19 : « Die Extratabularersitzung von Grunddienstbarkeiten ist seit dem Inkrafttreten des ZGB zu Lasten von solchen Grundstücken möglich, an denen auch die ausserordentliche Ersitzung des Eigentums möglich ist ».

[3]) Per tutte queste considerazioni di carattere generale cfr. Mutzner comm. art. 19 Tf.

anche se lo stato di fatto presentasse tutti i requisiti richiesti dal CCS, non si potrebbe continuare il corso di una prescrizione a sensi di quest'ultimo: in simile ipotesi, la prescrizione inizierebbe il 1 gennaio 1912.

Se un diritto ha cominciato a prescrivere a norma del CCT., ma non ha terminato di prescrivere, la prescrizione non potrebbe essere continuata e perderebbe ogni importanza nel caso in cui il CCS., richieda altri presupposti o non conosca la prescrizione d'un diritto di simile natura.

Il calcolo proporzionale del tempo trascorso non offre difficoltà di sorta: comporta, ad es., l'antico termine 30 anni, mentre il nuovo ne prescrive 10 e sono trascorsi soltanto 15 anni, allora ne sono necessari ancora 5.

Se in ambedue i diritti, nuovo e vecchio, il termine fosse il medesimo, coll'entrata in vigore del CCS., dovrà chiedersi la continuazione del termine prescrittivo per il periodo non ancora trascorso.

Ritorniamo ora alla soluzione del quesito. La prescrizione dell'art. 661 intertemporalmente può essere la continuazione di una prescrizione cantonale già iniziata, in quanto il diritto cantonale *faccia dipendere la stessa da un atto giuridico corrispondente come ad es.: la iscrizione a R. o l'omologazione* » [1]).

Soltanto in queste circostanze è dato il punto di partenza per la prescrizione acquisitiva ordinaria e l'atto di acquisto ingiustificato può essere sanato colla continuazione della prescrizione calcolando proporzionalmente il tempo trascorso sotto il diritto cantonale.

Perchè una prescrizione possa essere continuata occorre ch'essa presupponga per il trasferimento della proprietà un atto giuridico paragonabile ad un'iscrizione a Rf.

Si tratta di vedere se l'atto pubblico, necessario per il trasferimento della proprietà, del CCT. (art. 661 e 662) possa essere paragonato ad una iscrizione.

Il legislatore ticinese ha cominciato dapprima, coll'art. 541 del CCT del 1838 a vietare le vendite verbali re-

---

[1]) cfr. Guhl: « Die Tabularersitzung im Sinne von Art. 661 intertemporal als Fortsetzung einer schon unter dem früheren kantonalen Recht begonnen ordentlichen Ersitzung in Betracht kommen kann, sofern schon jenes kantonale Recht die Ersitzung von einem entsprechenden Rechtsakt (Registereintrag, Fertigungsakt) abhängig machte ». Così anche Mutzner art. 19, n. 4, 6, 11.

lative ai beni stabili e ad esigere invece nel successivo articolo 544 la necessità dell'istrumento pubblico notarile per le vendite stesse, facendo eccezione soltanto per le vendite di beni di un valore inferiore di fr. 50 pei quali sarebbe bastato la scrittura privata e disponendo inoltre che se il valore eccedesse detta somma, la scrittura privata non sarebbe valida se non fosse ridotta a pubblico istrumento entro due mesi dalla redazione della stessa. « Ora, l'aver voluto rimediare a tutti i mali e a tutte le lacune esistenti antecedentemente al 1838 intorno alla certezza della proprietà stabile, col porre a fondamento della validità dei contratti relativi alla medesima, una disposizione d'ordine pubblico qual'è la necessità dell'atto scritto non solo ma quella del pubblico istrumento notarile il cui carattere era ed è quello ancora precisamente di fare fede fra le parti e di fronte ai terzi e di poter essere opposto, nella sua qualità di atto pubblico, a tutte le persone indistintamente, per modo che si può dire, senza temere d'essere smentiti, che lo strumento pubblico ha preceduto, nell'intenzione del legislatore, l'istituto più moderno del Rf. » [1]).

Riconosciamo l'efficacia dell'atto pubblico: altrove ne abbiamo già messo in evidenza le virtù e i difetti, paragonarlo ad un'iscrizione del Rf. ci sembra, però, fare un'esagerata affermazione [2]); propendiamo, quindi, per la negativa: l'atto pubblico non può essere paragonato, nella sua efficacia, ad un'iscrizione a Rf.; ne consegue che la *prescrizione decennale cantonale stabilita dall'art. 925 non può essere suscettibile di continuazione a sensi dell'art. 661 CCS.*

---

[1]) cfr. RGP. 1913, pag. 512.

[2]) Abbiamo già esaminato, dettagliatamente, la natura e le caratteristiche dell'atto pubblico; vogliamo qui mettere in rilievo ancora alcuni svantaggi. L'art. 661 CCT. statuisce che una scrittura privata poteva venir validamente redatta per il trasferimento della proprietà allorquando fosse stata eretta a pubblico istrumento entro 2 mesi; se, però, prima della scadenza di questo termine veniva rinnovata essa poteva continuare validamente a sussistere senza essere ridotta a pubblico istrumento e ciò tornava a scapito dei terzi, restringendo la già esigua cerchia delle persone che potevano conoscere l'avvenuto trasferimento e togliendo parte di quella già poca pubblicità offerta dall'atto pubblico. Il verificarsi poi d'un istrumento eretto « indebitamente doveva esser molto raro, perchè giusta l'articolo 661, esso doveva esser redatto « da un notaio, dal giudice di pace o dalla municipalità », autorità che esercitava una vera « causae cognitio », cioè, si accertava, seppur sommariamente, e constatava l'esistenza dei requisiti oggettivi e subbiettivi delle parti.

2. — **E' possibile la continuazione di una prescrizione secondo l'art. 928 CCT., a sensi dell'art. 662 CCS., per la proprietà ?**

Secondo l'art. 19 Tf., il termine di 30 anni trascorso prima del 1912 e prescritto dall'art. 662 può venir calcolato soltanto quando il diritto cantonale conosceva questa prescrizione [1]).

La prescrizione dell'art. 928 CCT è analoga a quella dell'art. 662 CCS. [2]): la continuazione deve, quindi, *essere riconosciuta ed ammessa.* Corrispondendo i termini, il calcolo proporzionale non ha luogo.

La premessa negativa, cioè che il fondo non è iscritto a Rf., o che il suo proprietario non è desumibile dal Rf. induce al seguente problema: se una prescrizione di un fondo iniziatasi sotto il diritto cantonale non può essere continuata giusta le norme della prescrizione ordinaria del CCS., può essere almeno convertita e terminata come prescrizione extratabulare dell'art. 662 ?

Che ciò sia possibile appare evidente nell' ipotesi in cui nessun proprietario sia desumibile dalle forme cantonali : da ciò consegue che *le prescrizioni cominciate sotto l' imperio del CCT. che non possono essere continuate nel senso di prescrizioni tabulari del CCS., possono sempre essere convertite e condotte a termine come prescrizioni straordinarie giusta l'art. 662, quando dal Rp non sia iscritto come proprietario nessun altro che non sia il prescrivente* [3]).

3. — **E' possibile la continuazione delle prescrizioni cantonali previste agli art. 925 e 928 CCT. secondo gli art. 661 e 662 CCS., in riguardo alle servitù ?**

Il Tribunale d'appello ha deciso quanto segue : « l'acquisto di una servitù apparente e continua per prescrizione ammesso dal cessato CCT non è possibile secondo il CCS.

---

[1]) cfr. ZBGR. 1923, 24; pag. 209.

[2]) cfr. Trib. fed. 56; II; 182.

[3]) Guhl : « Besonders interessant gestaltet sich die Sachlage dann, wenn unter dem früheren kant. Recht eine ordentliche Ersitzung begonnen hat, mangels Eintragung des Ersitzenden im neuen Grundbuch jedoch nicht als ordentliche Ersitzung im Sinne des Art. 661 ZGB fortgesetzt werden kann. Dieser Fall wird im Gesetzt nicht ausdrücklich geregelt; man wird deshalb diese Lücke mit Mutzner in dem Sinne ergänzen dürfen, dass man die frühere ordentliche Ersitzung als ausserordentlich im Sinne von Art. 662 ZGB fortsetzen kann ». cfr. op. cit. pag. 250.

Il termine di pescrizione incominciato prima non continua dopo l'entrata in vigore del CCS. »[1]).

Come motivi adduce: « ... al momento dell'entrata in vigore del CCS la prescrizione cantonale non era ancora compiuta quindi nessun diritto era acquisito. A stregua dell'art. 19 Tf. la prescrizione acquisitiva è sottoposta alla nuova legge dal momento dell'entrata in vigore di questa: in concreto torna applicabile l'art. 731 in relazione agli art. 661 e 662 CCS.

Fa d'uopo quindi che sian compiute le formalità di cui agli articoli suddetti, cioè possesso decennale, per le servitù indebitamente iscritte e possesso trentennale quando la servitù non sia iscritta o si voglia farla iscrivere.

Il CCS. non conosce la prescrizione acquisitiva delle servitù continue apparenti come il CC. francese e il nostro CCT. ma condizione sine qua non per l'acquisto della servitù si è l'iscrizione e la pubblicità. Anche la prescrizione trentennale non è altro che un titolo per ottenere l'iscrizione a Rf., senza la quale iscrizione, il diritto acquisito non esiste. Senza titolo e senza iscrizione non è possibile la costituzione di una servitù prediale secondo la nuova legge. Abbiamo quindi, in concreto una prescrizione decennale incominciata sotto l'impero del vecchio CCT. per l'acquisto di una servitù non acquistabile secondo l'attuale CCS. colla sola prescrizione. Il calcolo cumulativo degli anni di possesso anteriori all'entrata in vigore del nuovo codice, cogli anni successivi alla sua entrata in vigore non può di conseguenza avere influenza alcuna per l'acquisto ».

Reichel nel suo commento all'art. 19 Tf. dice: « Le norme sulla prescrizione non hanno soltanto un effetto positivo cioè esse non determinano soltanto le condizioni e i termini in cui deve effettuarsi la prescrizione, ma esse esplicano anche un effetto negativo nel senso che circoscrivono i casi, numerus clausus, in cui è possibile la prescrizione: colui il quale nel futuro vuole basarsi sull'acquisto per prescrizione di una servitù, deve dimostrare che *l'acquisto prescrittivo si è già compiuto sotto l'imperio del diritto precedente e specialmente provare che i vecchi termini son trascorsi* ».

Giusta le due opinioni esposte, quella del Trib. d'appello e di Reichel la continuazione delle prescrizioni di cui agli art. 925 e 928 CCT sarebbe esclusa nel senso degli art. 661 e 662. Non condividiamo le idee suesposte. Anche

---

[1]) cfr. RGP. 1925, pag. 302 e segg.

in questa ipotesi abbiamo a che fare con una lacuna della legge che deve essere surrogata nel modo seguente: *il fondo serviente lo si deve considerare come « non iscritto » nel senso dell'art. 662/1 e perciò concedere la prescrizione straordinaria, applicando il calcolo proporzionale come all'art. 19 Tf.*

La continuazione della prescrizione sancita dall'articolo 925 CCT non è quindi ammessa come nel caso della proprietà, ma dovrà essere mutata e condotta a termine a norma dell'art. 662 CCS, come prescrizione extratabulare [1]).

C) Diritti d'acqua.

Per completare logicamente il paragrafo risguardante la prescrizione acquisitiva, dobbiamo far seguire una breve trattazione sulla possibilità di prescrizione dei diritti di acqua non iscritti a catasto.

L'art. 1 della Legge del 1894 sui diritti d'acqua statuisce che le acque dei laghi, fiumi o torrenti non possono essere derivate o utilizzate a scopi industriali senza previa concessione dell'autorità dello stato. La legge suddetta non proclama lo stato proprietario dei laghi, dei fiumi ecc., attribuisce a nessuno la proprietà delle acque, le considera come cose di uso comune di cui la legge, lo Stato può liberamente determinare il modo di godimento.

Nessuna utilizzazione può essere intrapresa o continuata senza essere ammessa e sanzionata dal catasto delle acque e senza, quindi, previa concessione statale. « Quand'anche si potesse ritenersi la decorrenza del termine di 10 anni sufficiente per prescrivere, l'usucapione non potrebbe ammettersi per la precarietà del possesso e la mancanza del giusto titolo ». [2])

§ 9) L' IPOTECA

I - Col 1. gennaio 1838 entrò in vigore il CCT. unitario e furono abrogati gli statuti e le consuetudini distrettuali. Prima di questa data la costituzione dell' ipoteca era di natura essenzialmente clandestina e sottratta da ogni ingerenza da parte delle autorità. In materia d' ipoteca il

---

[1]) cfr. Guhl, op. cit., pag. 278.

[2]) cfr. RGP. 1917, pag. 460. In altro luogo, metteremo in evidenza la vera portata pratica e giuridica del catasto delle acque e delle relative iscrizioni.

nuovo codice introdusse, non senza aver incontrato forte opposizione, la pubblicità delle ipoteche. Fu quindi istituito un Registro in ogni distretto e tutte le ipoteche privilegiate o no, per essere opponibili ai terzi, dovevano venir iscritte nel R. del distretto ove i beni erano situati. Una costituzione d'ipoteca propriamente detta non era richiesta: qualunque credito in principio poteva essere iscritto.

Seguendo il sistema francese, il CCT. del 1838 introdusse *ipoteche legali, giudiziali e convenzionali e i privilegi*. Tanto le ipoteche, di qualunque natura esse fossero, quanto i privilegi immobiliari erano soggetti all'iscrizione; la sola differenza riposava nel fatto che i privilegi non la data ma la natura del credito determinava la loro prevalenza [1]).

Il 16 giugno 1840 fu pure emanata una legge regolamentare delle ipoteche.

Il codice del 1838 durò, più o meno invariato, fino al 1882. A quell'epoca l'imminente entrata in vigore del CO., determinò una revisione del nostro codice.

In quest'occasione si cercò di migliorare il sistema ipotecario variandolo in quelle parti che la lunga pratica aveva dimostrato non corrispondenti allo scopo o di non facile applicazione. Fervida e ben nutrita fu in seno al Gran Consiglio e nella stampa la discussione circa la necessità di sostituire l'ipoteca speciale alla generale [2]). In vista di molte difficoltà il Gran Consiglio mantenne l'ipoteca generale e si limitò a variazioni di poca entità.

Così il codice del 1882 si attenne al sistema della generalità; la causa della specialità aveva in teoria ottenuto una brillante vittoria, ma la ristrettezza del tempo disponibile ed ancor più « le difficoltà di pratica attivazione » indussero il Gran Consiglio a soprassedere alla sua intro-

---

[1]) E' interessante rilevare alcuni privilegi del CCT. 1838: spese giudiziali, di sepoltura, spese mediche, farmaceutiche, salario dei domestici per l'anno scaduto e quello in corso prima della morte del debitore; imposte comunali e cantonali. Una figura analoga alla ipoteca era l'« iscrizione della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede ». cfr. Witzig ZGBR. 1923, pag. 194.

[2]) La maggior parte degli oratori si era schierata in favore della specialità dell'ipoteca, e la commissione incaricata al coordinamento del nostro CCT. era pure, nella sua maggioranza, dello stesso avviso: « E' fuor di dubbio che questo sistema di ipoteca speciale entra innanzi a quello dell'ipoteca generale per la serietà e saldezza delle guarentigie che offre al credito; ma d'altro lato fa d'uopo convenire che la difficoltà di pratica attivazione... si fanno incontro nè poche, nè lievi... ».

duzione. La lunga discussione non rimase però infruttuosa: il Consiglio di Stato venne incaricato di elaborare un progetto di riforma del sistema ipotecario nel senso dell' ipoteca speciale.

Lungo tempo restò questo progetto un pio desiderio: le difficoltà inerenti alla natura della riforma accresciute ancor più dalla tensione politica fecero sì che, giunti quasi alla vigilia dell'attivazione della legge federale sulla Esecuzione e fallimenti, il Cantone Ticino si trovasse ancora sprovvisto d'una legge che introducesse il principio della specialità, innovazione questa ormai resa indispensabile dalla surriferita legge federale.

A questo stato di cose si rimediò colla legge ipotecaria del 21 ottobre 1891, entrata in vigore il 1° gennaio 1892, vale a dire contemporaneamente alla legge federale sui fallimenti. La legge fu opera dell'on. A. Soldati. Essa non si limita a variazioni del vigente sistema ipotecario, ma l'immuta dalle fondamenta. L'ipoteca generale scompare per far luogo all'ipoteca speciale: le ipoteche generali anteriori devono essere specializzate alla loro rinnovazione, *in ogni caso entro il 1895.* I privilegi sono abbandonati ad eccezione del privilegio del fisco che, sotto il nome di ipoteca legale, continua ad essere occulto e prevalente a tutte le altre ipoteche. Il tutto fu corretto e riformato in modo che il nostro sistema ottenne una forma più corretta e più in armonia colle moderne esigenze in materia ipotecaria.

Nel sistema adottato dalla legge 1891 sulle ipoteche, l'iscrizione è quella formalità per la quale il diritto d'ipoteca diviene opponibile ai terzi. Chiunque avesse un interesse diretto od indiretto a che il diritto venga, a mezzo della pubblicità, consolidato, deve pure avere la facoltà di validamente fare la domanda d'iscrizione. Gli articoli 29 e 30, danno l'elenco delle persone che sono autorizzate a chiedere l'iscrizione. Essi dimostrano anche come l'iscrizione non sia atto costitutivo dell'ipoteca. Il diritto d'ipoteca esiste, l'iscrizione è la formalità che lo rende opponibile di fronte ai terzi. Essa realizza, conserva e fissa il rango dell'ipoteca. Se l'iscrizione fu introdotta allo scopo di portare l'ipoteca a conoscenza dei terzi, è naturale ch'essa non sia indispensabile di fronte a quelle persone che sono le prime ad averne conoscenza [1]).

---

[1]) A, ha diritto d'ipoteca verso B, sul fondo X; B vende il fondo a C con ipoteca legale per prezzo non pagato C, cade in fallimento. Potrà B escludere A dal concorrere quale creditore ipotecario sul prezzo di vendita all'incanto del fondo X, pel fatto che A non ha iscritta l'ipoteca che gli competeva? Evidentemente, no.

Resta però ammesso che la maggior efficacia dell'ipoteca deriva dall'iscrizione, poichè essa la rende opponibile ai terzi. L'iscrizione conserva il credito e lo preserva da ogni prescrizione; conserva, inoltre, l'ipoteca per la durata di 15 anni. L'iscrizione d'una ipoteca deve essere rinnovata ogni 15 anni, la mancanza, però, di questa reintegra, non annulla il diritto d'ipoteca, ma l'eguaglia soltanto ad una non iscritta cioè essa non potrà essere opposta ai terzi e sarà soggetta alla prescrizione, il diritto all' iscrizione le rimane sempre, però. Anche il fatto della cancellazione dai pubblici registri non varia l'esistenza del diritto : esso si estingue per cause dalla legge stabilite. I crediti ipotecari sono esentuati da ogni contraddizione alle gride del diritto cantonale e federale.

Abbiamo dato, qui, per sommi capi, l'essenza della legge del 1891 [1]).

La legge ipotecaria del 1891 e il regolamento del 1893 furono gli ultimi lavori legislativi svolti dal cantone in materia ipotecaria.

Al 1. gennaio 1912 il CCS. introdusse un sistema ipotecario diverso che prevede tre possibili forme di pegno immobiliare : l' ipoteca, somigliante alla nostra, la cartella ipotecaria e la rendita fondiaria, istituti questi due ultimi completamente nuovi per il nostro cantone; instaurò, poi, il principio tedesco del diritto di subingresso.

Il problema che assunse grande importanza, nella vita giuridica e pratica del Rp., fu quello concernente *l'epurazione delle vecchie ipoteche.*

Come abbiamo visto il CCT. dichiarava perente quelle iscrizioni ipotecarie che non venivano rinnovate al termine di ogni 15 anni. Il nuovo codice, invece, proclamò il principio che i registri del sistema cantonale e le iscrizioni ivi contenute, dovessero formare uno degli elementi costitutivi per l' introduzione del Rf. I nostri registri però si trovavano ingombranti di ipoteche che non erano estinte « de facto » e che non venivano cancellate, allo scopo di economizzare le tasse relative o per altri motivi fiscali o per l'assenza dal paese di molti interessati, per mancata conoscenza o comprensione.

Ne veniva di conseguenza la necessità di procedere ad un' indagine relativa a tutto il quindicennio antecedente il

---

[1]) cfr. Witzig. ZBGR 1923 pag. 268 e A. Bonzanigo: « La pubblicità delle ipoteche nel C. Ticino », 1893, pag. 43 e segg.

1. gennaio 1912, prima di concedere un credito ipotecario, per accertare :

1) i proprietari del fondo, oggetto di pegno, dal 1897, in avanti;

2) i diritti di pegno che gravavano il fondo a partire da quella data;

C'era poi il pericolo che molti creditori non aderissero alla radiazione di iscrizioni ipotecarie estinte.

Si comprendevano, quindi, le difficoltà che la Banca dello Stato opponeva alla concessione di mutui e si giustificava l'elevata quota del loro tasso d' interesse, proporzionata più al rischio in cui essa si esponeva, che non alla naturale situazione del mercato [1]).

E' evidente quale discapito ciò costituiva per l' intera economia del paese. Alcuni cantoni, ritennero perente senz'altro le vecchie iscrizioni non rinnovate, considerandole costituite sotto il regime della legge cantonale e soggette solo a questa.

Il nostro legislatore non adottò questo principio radicale [2]).

Dapprima venne ventilata l' idea di procedere all'allestimento di una perfetta intavolazione fondiaria, e dar corso, in un secondo tempo, all' iscrizione nei fogli indicativi, dei vari diritti reali limitati, fra cui quelli risultanti da oneri ipotecari. L'ufficio fed. [3]) credeva opportuno dover dare la preferenza ad una procedura mirante ad una graduale epurazione dei diritti reali da intraprendere comune per comune, impregiudicati la situazione e lo stato dei lavori preparatori negli altri comuni.

Il legislatore preferì poi escludere completamente la notifica dei diritti ipotecari e di pegno, per l'allestimento dei fogli indicativi e l'Ufficio fed. con memoriale 31 gennaio 1925 trattò dell'epurazione dei diritti reali tracciando le norme relative ed ammettendo una messa a giorno graduale dei vari registri costituenti nel loro insieme il Rf

---

[1]) Il denaro fruttava l'1 1/2 o 2 %, mentre l'ipoteca esigeva dal 4 1/2 al 5 2/3 ed anche più.

[2]) Il prof. Guhl, in un suo consulto 5 ottobre 1928 per il Dipartimento di Giustizia, faceva, giustamente rilevare, come il CCS non intenda riportare nei nuovi registri le iscrizioni dei vecchi registri, ma soltanto i diritti reali iscritti, ciò è a dire, i diritti realmente esistenti e risultanti da procedure di accertamento da farsi.

[3]) Lettera 5 luglio 1919 al Dip. di Giustizia del Cantone.

Nel dicembre 1925, in una riunione delle autorità federali e cantonali interessate, venne prospettata l'idea di reintrodurre la vecchia legge ticinese sulla perenzione delle iscrizioni ipotecarie, decisione rifiutata dall'ufficio fed., con officio 26 gennaio 1926, siccome antitetica al CCS.

L'11 novembre 1926, il Consiglio di Stato comunicava agli interessati degli oneri e di diritti ipotecari, l'obbligo della notifica quo alla loro esistenza e validità e l'esonero delle tasse in caso di cancellazione delle iscrizioni. Il decreto governativo ebbe un salutare effetto : in un breve lasso di tempo le iscrizioni cancellate superarono le 4000.

Più tardi, venne prospettata una modifica agli art. 194 e 212 della LAC. del CCS., nel senso di conservare l'efficacia delle iscrizioni materialmente valide al 31 dicembre, riservato l'esito della procedura dell'art. 43 Tf. [1]).

L'Ufficio fed. con memoriale 29 gennaio 1928, pur sollevando alcune obiezioni ammetteva e consigliava la soluzione del bando pubblico con effetto perentorio che il Dip. fed. di Giustizia avrebbe ammesso, per quanto contraddicente la legge federale, allo scopo di porre fine ad una situazione divenuta ormai impossibile.

Allo scopo di procedere alla purgazione delle vecchie ipoteche il decreto esecutivo dell'11 novembre 1926 venne accolto e convertito in legge, nella LG33, con le opportune modificazioni.

L'art. 114 LG33 sancisce, infatti, quanto segue : « Le ipoteche iscritte nei registri antecedenti all'entrata in vigore

---

[1]) La modifcazione prevista dal Cons. di Stato, era così concepita:

« art. 194. — L'introduzione e l'organizzazione del Rff. e le forme del Rp. sono rette da leggi e regolamenti speciali. Al fine di dare ai diritti preesistenti iscritti nei vecchi registri ipotecari cant. gli effetti del Rp. o del Rf. prodefinitivo a norma degli art. 8, 9 legge giugno 1922, potrà essere anticipata del tutto o in parte, e con l'approvazione del Cons. fed. la procedura di accertamento prevista dal detto art. 43 Tf.

Art. 212. — Quelle iscrizioni che al 31 dicembre erano materialmente valide, conservano la loro efficacia e rendono imprescrittibili i debiti che garantiscono a norma dell'art. 807 CCS., sotto riserva della procedura di accertamento prevista dall'art. 194 LAC. ».

Queste modificazioni avevano di mira di accertare con precisione l'esistenza dei vecchi diritti di pegno, di chiarire la situazione dei fondi nell'ambito dei pegni immobiliari e di attribuire al Rp. cioè al R dei pegni immobiliari gli effetti dell'art. 46 Tf. cfr. W. Riva pag. 89.

del CCS. sono trascritte d'ufficio solo in quanto risulti la loro fondatezza attuale, dopo compiute le operazioni di epurazione già prescritte dal decreto esecutivo 11 novembre 1926. Il decreto stesso è convertito in legge . . . »

L'art. 144, al. 2 prescrive che l'epurazione dev'essere intrapresa « entro il termine di due anni dalla promulgazione della presente legge ».

L'epurazione non ha però ancora avuto luogo.

Ultimamente, il 28 gennaio 1938, il Consiglio di Stato comunicava quanto segue :

« Gli ufficiali dei registri sono autorizzati a continuare nelle operazioni di spurgo delle vecchie ipoteche nei modi e nelle forme previsti dall'art. 114 della legge generale 1933, *sino al 31 dicembre* ».

La mancanza del necessario tempo materiale ha cagionato queste proroghe, dando al disposto dell'art. 114 LG33 un valore puramente teorico, platonico.

Il principio tecnico adottato nell' introduzione del Rp. secondo cui i vecchi registri delle ipoteche avrebbero continuato *a sussistere come registro ausiliario e con gli effetti a sensi dell'art. 46 non ha trovato applicazione* [1]).

E' evidente, infatti, che un simile principio abbia a presupporre un processo di epurazione delle vecchie ipoteche e sia in grado realmente di esplicare l'efficacia che gli si vuol attribuire, liberandolo dall' ingombro di ipoteche estinte o senza oggetto che non vennero debitamente radiate o cancellate dal Rp.

Per l' incertezza, quindi, che regna e l' insicurezza che esiste, specialmente in merito al grado delle ipoteche, *le iscrizioni di esse non sono disciplinate dalla disposizione dell'art. 46 Tf., bensì dal principio comune del Rp. prescritto dall'art. 48 Tf.*

Soltanto quando il disposto di legge incorporato nella LG33, avrà trovato il tempo materiale necessario per essere messo in vigore e da latente che si trova, sarà entrato nello stadio dinamico, pratico, d'applicazione, quando dall'anarchia tuttora vigente si sarà passati nel regime dell'ordine e della sicurezza, mediante la procedura di epurazione, le iscrizioni di ipoteche nel R. dei pegni immobiliari,

---

[1]) cfr. Memoria del Dip. Fed. di Giustizia del 24 luglio 1908: « 1. — Periodo di preparazione del materiale per il Rf., durante il quale il solo registro delle ipoteche nel Cantone Ticino avrà gli effetti del Rf., sia tra le parti che di fronte ai terzi ». vedi anche W. Riva, pag. 78.

potranno offrire un grado sufficiente di garanzia atto ad esplicare l'efficacia insita nell'art. 46 Tf.

Per il periodo attuale, quindi, in ossequio al disposto del CCS. all'art. 825, per la costituzione di una ipoteca occorre la sua iscrizione nel registro dei pegni immobiliari, con gli effetti comuni a tutto il sistema del Rp.

II. - Del posto fisso.

Il sistema ipotecario ticinese era imperniato sul principio del subingresso cioè la priorità del diritto di pegno era, prescindendo dalla volontà delle parti, determinata dalla data della costituzione (prior tempore, potior jure). Ogni singolo diritto di pegno investiva la cosa impegnata nella sua totalità, e il creditore pignoratizio tendeva al soddisfacimento del suo diritto sull' intero ricavo (pignoris causa indivisa est): i diritti di pegno, quindi, avanzavano, subingredivano, automaticamente, con elasticità naturale, all'atto dell'estinzione di un diritto anteriore.

Il CCS. proclama, invece, il sistema tedesco del posto fisso (art. 814), secondo il quale i singoli diritti di pegno investono il fondo non come un tutto, ma in singole parti, come una molteplice costituzione in pegno concessa da una divisione ideale dell'oggetto impegnato, una « quota ideale del valore dell'oggetto in pegno alla quale si limita la garanzia del pegno immobiliare ». I diritti di pegno non subingrediscono, non progrediscono nel grado, nel caso di cancellazione di un pegno posteriore, ma conservano sempre, in ogni circostanza, il loro posto, il loro grado, il loro rango, invariabilmente nella serie dei pegni e l'eventuale estinzione provoca un posto vuoto, libero, vacante, un locus, su cui il debitore può, liberamente, disporre, costituendo ad es. una nuova ipoteca. La legge ammette, però, anche le possibilità di convenzione di subingresso (subingresso nel grado immediatamente anteriore; successivo subingresso a traverso più posti di pegno; subingresso saltuario) a condizione che siano espressamente pattuite ed annotate a Rf.

Ora, giusta l'art. 17/2, il principio del posto fisso proclamato dal CCS., avrebbe dovuto trovare immediata applicazione al 1. gennaio 1912, per tutta la serie dei diritti di pegno esistenti, siano essi stati costituiti o meno sotto il regime del CCT. I diritti di pegno costituiti sotto l' imperio del CCT. ed esistenti al 1. gennaio 1912, avevano già ricevuto un rango determinato e non esisteva nessun motivo che costringesse ad una così repentina mutazione di ordine

tanto più ch'essa avrebbe significato un' ingiusta ingerenza e un grave pregiudizio per i diritti di questi creditori pignoratizi.

Anche il progetto del Cons. Fed. [1]), aveva previsto la necessità pratica di un'urgente applicazione della nuova legge « anche pei diritti già esistenti » ma di fronte alle difficoltà non indifferenti che una tale soluzione agitava si addivenne al compromesso dell'art. 30 Tf., che costituisce un'eccezione al principio generale dell'art. 17/1 nel senso che « vien concesso un periodo di 5 anni durante il quale si ha il tempo di adattare i diritti di pegno, ai requisiti della nuova legge ».

Dove però il Rff. venisse introdotto prima del decorso del termine di 5 anni, cioè prima del 1917, il termine cessa di decorrere in questo stesso istante. E' inutile accentuare che questa prescrizione si riferisce esclusivamente ai diritti costituiti nell'ambito del CCT. ed esistenti al 1. gennaio 1912 [2]). Qual'era la regola che vigeva nel periodo che andava dal 1912 al 1917 ?

Il sistema del posto fisso valeva soltanto pei diritti costituiti dopo il 1. gennaio 1912, mentre il diritto di subingresso poteva venir esercitato soltanto nei rapporti di quelli vecchi. Ne conseguiva un conflitto inevitabile : se si estingueva un diritto vecchio, poteva subingredire un diritto nuovo ? E viceversa : se si estingueva un nuovo diritto esisteva subingresso nei confronti di un vecchio diritto ?

Il Dipartimento di Giustizia era della seguente opinione : « Se si estingue un diritto di pegno nuovo, costituito dopo il 1912, allora ne nasce un posto vuoto; il creditore di un diritto nuovo ha diritto di subingresso soltanto se ciò venisse esplicitamente stipulato; cioè unicamente l'estinzione di un diritto vecchio crea un diritto di subingresso nei rapporti dei vecchi diritti ancora esistenti, cosicchè tra i nuovi e i vecchi, nasce, naturalmente, un posto vuoto ».

L'autorità di vigilanza del Canton San Gallo ha pure deciso in questo senso nella sentenza 24 maggio 1913.

Riteniamo più equa e più giusta la regola di Leemann e del Tribunale federale [3]) :

« Se il diritto di pegno estinto è *nuovo*, allora ne nasce un *posto vuoto* e i diritti posteriori non subingredi-

---

[1]) cfr. Botschaft 71 e Entwurf art. 1799/II.

[2]) Così Guhl ZSR. 32, pag. 224-227; Leemann SIZ 10, pag. 17, contro Reichel JZ. 9, pag. 185 e s.

[3]) cfr., Trib. fed. Sentenza 13 dicembre 1914 e Leemann JZ. 10, pag. 42.

scono, siano essi vecchi o nuovi; se, invece, il diritto di pegno è *vecchio,* non crea un posto vuoto, *bensì un diritto di subingresso,* per tutti i diritti indistintamente, siano essi vecchi o nuovi ».

Un posto vuoto può nascere soltanto all'atto dell'estinzione di un nuovo diritto, perciò durante il periodo del diritto transitorio in quanto si applichi il principio del posto fisso e del diritto di subingresso non è esatto asserire che nuovi diritti possono subingredire unicamente quando ciò venne espressamente conchiuso e che un vecchio diritto subingredisce sempre quando un diritto di pegno si estingue.

Il debitore può, però, evitare ed escludere il diritto di subingresso causato dall'estinzione di un vecchio diritto, usando della « riserva della precedenza » dell'art. 813/III, nel senso che « riserva » la costituzione di determinati diritti nei limiti di una somma che viene iscritta a Rf.: in quest' ipotesi all'atto dell'estinzione, il diritto vecchio lascia un posto vuoto sul quale il debitore può liberamente disporre.

Il legislatore ticinese non si attenne al disposto dell'art. 30, non passò, cioè, attraverso lo stadio della regola transitoria descritta, ma proclamò l' immediata applicazione del sistema del posto fisso previsto dal CCS.

Di primo acchito, una simile misura legislativa, potrebbe sembrare come una violazione, una trasgressione al principio sancito dall'art. 30 Tf., secondo cui: « il diritto ad un posto di pegno fisso od il diritto del creditore di subentrare in un altro posto sarà regolato dalla legge nuova, dopo 5 anni dall'entrata in vigore del nuovo codice, o prima d'allora con l' introduzione del Rff., sotto riserva dei diritti particolari garantiti dal creditore ». In altre parole: il posto fisso avrebbe dovuto trovare applicazione soltanto o al 1. gennaio 1917 o coll' introduzione del Rff.

La LAC. all'art. 213 suona come segue : « I creditori garantiti da ipoteche costituite prima dell'entrata in vigore del CCS. conservano il diritto di sottentrare nel grado delle ipoteche precedenti ».

La LAC. è entrata in vigore il 1. gennaio 1912; l'articolo 218 di essa, sancisce : « La presente legge di natura urgente, riservata, in quanto necessaria la ratifica del Consiglio Fed., entra in vigore col 1. gennaio 1912 ad eccezione degli art. 199 e 201 che entrano in vigore col 1. luglio 1911 ».

Dal tenore della legge non è possibile desumere nessun rinvio, nessuna riserva circa la data d'entrata in appli-

cazione del posto fisso : ne consegue ch'esso principio è automaticamente applicato al 1. gennaio 1912. Né una simile disposizione della legislazione ticinese è antitetica al CCS. Infatti : l'art. 30/II statuisce che « i cantoni possono emanare disposizioni transitorie complementari, le quali richiedono per la loro validità l'approvazione del Consiglio federale ».

E il legislatore ticinese si è valso di questo disposto e l'ha ossequiato precisamente all'art. 218 dove riserva « in quanto necessaria, la ratifica del Consiglio federale ».

L'art. 30 Tf. prescrive, inoltre, che il sistema del posto fisso dovrà essere introdotto « sotto riserva dei diritti particolari garantiti al creditore » e l'art. 213 ottempera a questa norma : infatti esso costituisce una esplicita riserva nei confronti dei diritti costituiti prima dell'entrata in vigore del CCS.

Giuridicamente, quindi, le vecchie ipoteche, passando ad un nuovo ordinamento legislativo, in cui il subingresso « ope legis » è sconosciuto, hanno perduto la forza, la facoltà di subingredire automaticamente insita nella loro stessa natura, sono state private dall'elasticità naturale di avanzare, di progredire nel rango conferita loro dal subingresso.

Praticamente ed economicamente però esse vennero salvaguardate in questa loro prerogativa in quanto il CCS., all'art. 813/III, dà la possibilità di subingredire mediante la stipulazione di convenzioni che devono venir annotate, per la loro efficacia, nel Rf., il quale imprime loro la forza, la possibilità di subingresso, ridà loro quella facoltà concessa dal CCT., per quanto non la sostituisca completamente. Il legislatore ticinese si è valso di questa possibilità e, a maggior garanzia dei diritti del creditore, ha proclamato la *annotazione d'ufficio a Rf.* [1]).

---

[1]) Per quanto ci consta, l'annotazione non ha luogo ex officio; la data delle ipoteche serve ad orientare circa le ipoteche vecchie e quelle nuove, e a distinguere, quindi, quelle che hanno diritto di subingresso e quelle che non l'hanno.

L'effetto della disposizione della LAC non è uguale a quello espleto dalla regola di Leemann, valevole pel diritto transitorio. Nel nostro caso per es.:

a) 1° ipoteca vecchia
b) 2° » nuova
c) 3° » vecchia
d) 4° » vecchia.

Se **b** si estingue: **automatico subingresso**, se **a** si estingue: **nessun subingresso.** *(continuaz. nota alla pag. seguente)*

III. - Degli accessori.

Non poche difficoltà ha sollevato la quistione a sapere quali oggetti debbano essere inclusi nel nesso del pegno immobiliare. Il CCS. ha sormontato la difficoltà stabilendo che le parti del fondo e gli accessori devono essere acclusi al fondo in mancanza di altre pattuizioni [1]). Le parti del fondo non essendo giuridicamente cose indipendenti, a sè stanti, non possono, come tali, possedere un proprio, particolare destino giuridico. Gli accessori, invece, sono cose mobili su cui il proprietario può disporre anche separatamente, prescindendo dalla cosa principale, dal fondo.

Il significato dell'accessorio è delimitato negativamente nell'art. 645 e positivamente nell'art. 644/II. Perchè un mobile acquisti qualità di accessorio, occorre si verifichino due estremi oggettivi: la sua *destinazione economica* (nel senso che sia durevolmente destinato all'uso, al godimento od alla conservazione della cosa principale) e, *una relazione di luogo* tra l'accessorio e l'oggetto principale: occorre, inoltre, che sia considerato come accessorio *dall' uso locale* oppure (elemento soggettivo) dichiarato tale *dall'intenzione chiaramente manifestata dal proprietario.*

Di questi elementi costitutivi della qualità di accessorio i primi due indicano un rapporto di fatto tra un oggetto e l'altro ed il terzo (uso locale o volontà del proprietario). esprimono come questo rapporto sia da interpretarsi, vuoi in virtù del concetto imperante del luogo dove gli oggetti si trovano, vuoi in virtù della manifesta intenzione del proprietario.

All'opposto del CCS., il CCT. faceva consistere, come molti altri cantoni [2]), l'elemento costitutivo dell'accessorio non tanto nella sua funzione economica quanto nella *stretta*

Subingrediscono, cioè, soltanto quelle vecchie annotate e non quelle nuove, all'opposto della regola di Leemann. Si ottiene il medesimo risultato che prevedeva il Dip. di Giustizia e il Trib. cant. di S. Gallo. Il nostro risultato è, però, pienamente conforme alla legge in quanto il diritto di subingresso del CCT venne abolito e tutto il sistema ipotecario è basato sul principio del posto fisso.

[1]) cfr. art. 643, 644, 805 e 806 CCS.

[2]) cfr. Huber SPR III pag. 27 a 36 e Trib. Fed.: 42; II; 88 e s.

relazione di luogo con la cosa principale. Per rendere possibile al proprietario del fondo l'ipoteca su certe cose mobili, il diritto cantonale permetteva di estendere la qualità di accessorio alle dette cose mobili, mediante stipulazioni contrattuali [1]). Si avevano, cioè, le *pertinenze volontarie o contrattuali*. Esse venivano ipotecate unicamente a favore del creditore pignoratizio che aveva conchiuso un simile patto, la qualità dell'accessorio non estendendosi ex lege, bensì ex contractu, si aveva, quindi, un diritto di privilegio ipotecario, personale, soggettivo, unilaterale [2]).

Il CCS. non conosce le pertinenze volontarie, stipulate a favore di un unico creditore. L'accessorio giusta il CCS., non è uguale a quello contrattuale, convenzionale previsto dal CCT.

Il CCS., all'art. 805/I dichiara che il diritto di pegno si estende sul fondo con tutte le sue parti e i suoi accessori La legge, cioè, ha accolto il principio del diritto comune: « accessorium sequitur principale ». L'accessorio deve prestar garanzia per il diritto di pegno nei confronti dei creditori ipotecari, indistintamente nel medesimo modo e nella stessa misura che per il fondo, *senza riguardo al momento della nascita* [3]) del rapporto tra l'accessorio e la cosa principale: essi costituiscono un'unità economica e l'ipoteca si estende su tutto il complesso.

Si intravvede, di leggieri, le inevitabili collisioni fra accessori costituiti sotto l'impero del CCT e quelli nati a sensi del CCS.

Come devono essere risolti questi eventuali conflitti ?

L'intenzione del proprietario manifestatasi sotto l'impero del diritto cantonale di costituire un accessorio non vale a creare un accessorio secondo l'art. 644/2 se, sotto quel regime esso non aveva le qualità giuridiche essenziali dell'accessorio del nuovo diritto [4]); infatti la manifesta e chiara espressione di volontà del proprietario di conside-

---

[1]) cfr. CCT. art. 212; 213; 214 e 219.

[2]) Esempio: la 1.a ipoteca non si estendeva agli accessori ma soltanto la 2.a; allora il secondo creditore aveva un'ipoteca di primo rango sugli accessori e una ipoteca di secondo rango sul fondo.

[3]) cfr. Trib. fed. 42; II; 116, 162; Praxis 5, 22 oss.; ZGBR 1; 120 ff.; 7, 80 e ss.; Bbl. 1916/3, pag. 229. JZ. 12, 395 ss. Mutzner art. 25 Tf.

[4]) Trib. fed. 43; II 592 e ss.; Z.B.G.R., 7, 76, e ss. e 7, 42.

rare un mobile come accessorio (art. 644/II), suppone necessariamente la possibilità giuridica di raggiungere tale scopo.

In sostanza il tutto sta nell'avvertire la differenza che corre tra l'accessorio creato dal decreto legislativo del 9 maggio 1904 e l'accessorio come è concepito dal nuovo diritto: solo una dichiarazione di volontà diretta a costituire un accessorio, che di quello previsto dal CCS., abbia le qualità giuridiche può essere considerata efficace ed operativa a sensi dell'art. 644/II » [1]). I possibili conflitti e le eventuali collisioni fra i diversi creditori alcuni dei quali privilegiati di un accessorio convenzionale, perdono il loro privilegio a seguito della trasformazione della pertinenza volontaria in accessorio legale giusta il CCS., devon venir risolti ed appianati nel senso che o i creditori rinunciano a questo privilegio contrattuale dando ad esso il carattere legale inteso dal CCS., menzionandolo a Rf., oppure, nel senso di indurre espressamente i creditori antecedenti nel rango a rinunciare a far valere i diritti legali a loro spettanti sull'accessorio [2]). L'art. 805 che sancisce il concetto dell'accessorio, all'alinea 2, suona come segue: « sono ritenuti accessori gli oggetti che nell'atto costitutivo del pegno e nel Rf. sono menzionati come tali... finchè non sia dimostrato che per disposizione di legge non può esser loro attribuita questa qualità » [3]).

Abbiamo visto che, perchè un mobile acquisti qualità di accessorio è richiesto il concorso dei 3 elementi già elencati; l'inosservanza del disposto dell'art. 805/II torna indubbiamente di vantaggio a tutti gli interessati, poichè contribuisce ad accertare, in modo autentico, l'intenzione del proprietario e quindi i rapporti giuridici tra la cosa principale e l'accessorio ma *non è indispensabile per attribuire ai mobili questa qualità* [4]).

Ciò vale anche nei confronti del Rp.: l'accessorio diventa tale in forza di elementi legislativi estranei al R.

---

[1]) cfr. Trib. fed. sentenza 28 maggio 1919.

[2]) cfr. Guhl; ZBJV. 61, pag. 111.

[3]) Anche l'art. 78 RRFF. prescrive la menzione dell'accessorio; a proposito della sua inosservanza il Trib. fed., 43; II; 592 dichiara: « devesi pertanto ritenere che l'art. 78 del Reg. non sancisca che una regola d'ordine, la cui inosservanza non annulla nè esclude gli effetti che la legge fa dipendere dalla dichiarazione di volontà manifestata conformemente all'art. 644/II ».

[4]) cfr. Trib. fed. 43; II; 592; ZB.G.R., 76 e ss. e 7, 42.

§ 10) CONSIDERAZIONI SPECIALI SULLE CARTELLE IPOTECARIE E RENDITE FONDIARIE

L'art. 22/II Tf. sancisce: « E' riservato ai cantoni di prescrivere la rinnovazione dei titoli preesistenti entro dati termini, secondo le norme della legge nuova ».

I cantoni sono, quindi autorizzati a:

a) prescrivere la rinnovazione del titolo preesistente sulla base del CCS., entro un dato termine fissato, prescindendo dalla volontà delle parti;

b) ordinare la rinnovazione dei titoli nel solo caso in cui venisse chiesta;

c) parificare i diritti immobiliari di pegno esistenti e per i quali furono emessi titoli secondo il diritto cantonale, a una forma di pegno immobiliare del CCS. [1])

Al posto dell'antica forma di pegno subentra, nel medesimo rango, una forma di pegno del diritto nuovo, cambiamento che deve venir menzionato nel titolo (art. 856). Perciò il nuovo titolo porterà la data della sua emanazione e non quella antica. L'effetto del titolo dal punto di vista commerciale non muta e rimane intatto così come se il titolo fosse stato emesso di bel nuovo.

Il Ticino, nella legge AC. all'art. 209, ha prescritto la conversione dei titoli di censo in titoli di rendita fondiaria, conversione che deve avvenire entro 5 anni dall'entrata in vigore del CCS.

E' da notarsi che cotesta rendita fondiaria non è soggetta alla limitazione del valore del pegno. Non dev'essere confusa, poi, la rinnovazione del titolo a sensi del diritto nuovo, coll'atto di dichiarazione di perenzione, in seguito a perdita del titolo. In quest'ultimo caso non subentra una forma immobiliare di pegno del CCS., ma continua a sussistere quella antica.

Secondo l'art. 799/1, il pegno nasce coll' iscrizione a Rf. e ciò vale nei confronti delle 3 forme di pegno del CCS. Sino all' introduzione del Rff. valgono le forme cantonali di pubblicità, quali surrogati del Rff. (art. 46 e 48 Tf.). Soltanto, quindi, mediante iscrizione a Rf., o forma equipollente, è possibile l'emissione di una cartella di rendita fondiaria od ipotecaria. A questi titoli sono applicabili gli art. 857, 860, 863, 864 CCS. E' necessario, natural-

---

[1]) cfr. Mutzner comm. art. 22 Tf.

mente, l'uso dei formulari unici, emanati appositamente dal Consiglio federale [1]).

Ciò che contraddistingue la cartella di rendita ipotecaria e quella di rendita fondiaria dall' ipoteca è il carattere di carta valore che assume il titolo proprio alle due prime forme. Il carattere di carta valore è indipendente dalla tenuta del Rf. L'opinione che prima dell' introduzione del Rff. non sia possibile l'emissione di c.i. e di r.f. venne già dimostrata falsa da Guhl e Leemann [2]).

Un rapporto fra il titolo e Rf. esiste nel senso che a norma del CCS., l'acquirente in buona fede del titolo non solo deve fare assegnamento sul titolo per quel che riguarda le sue pretese obbligatorie, ma anche per quel che concerne il diritto reale.

Colui il quale, in buona fede, si affida all' iscrizione nel Rf. e acquista un diritto reale o la proprietà dev'essere protetto (art. 973). Il titolo dev'essere la fedele copia del Rf. Abbiamo così nel caso delle c.i. e delle r.f. del CCS. un caratteristico, intimo rapporto tra titolo e Rf.

Qual'è la situazione del Ticino ?

Abbiamo visto che la tecnica adottata per l' introduzione del Rp. nel Ticino, lascia sussistere il vecchio registro delle ipoteche, come registro ausiliario e con gli effetti giusta l'art. 48 Tf.

Mutzner nel suo commentario all'art. 23 Tf., dice : « Dove i cantoni accludono alle forme pubblicitarie una certa efficacia, questa si spiega naturalmente, anche in rapporto del titolo, poichè, secondo il CCS., nel caso in cui Rf. e titolo sono uguali, corrispondenti, l'affidarsi al Rf. ha ugual valore come l'affidarsi al titolo ».

Durante il periodo ad interim dell'art. 48 Tf., la soluzione prospettata per l'emissione di c.i. e r.f. sarebbe, secondo l'opinione dominante (Guhl e Jenny), la seguente:

Il terzo acquirente in buona fede d'una c. i. o r. f. dev'essere protetto nel suo acquisto fintanto che in tal guisa non venga in conflitto con un diritto reale più vecchio, già esistente a carico del fondo, oggetto del pegno. Si fa, cioè, la seguente distinzione:

a) per quanto ha tratto al credito personale, il terzo in buona fede può far completo affidamento sul titolo emesso. In tal modo la sua situazione viene a coincidere con quella di un possessore in buona fede di un titolo di

---

[1]) cfr. Guhl ZSR. 32, pag. 212.

[2]) In questo paragrafo ci serviremo delle abbreviazioni c. i. per indicare cartella ipotecaria e r. f. per rendita fondiaria.

credito. Tanto il credito principale, quanto quelli accessori gli competono così come appaiono dal tenore del documento anche se dal documento questi crediti non risultassero esistere a favore del precedente creditore. Il terzo possessore in buona fede è tenuto soltanto a lasciarsi opporre dal debitore le eccezioni che si riferiscono al titolo o che competono personalmente al debitore o scatenti soltanto dal mero rapporto obbligatorio.

b) Il diritto reale, per contro, non è coperto e garantito dalla pubblica fede. L'art. 866 in tal senso non spiega effetto alcuno. Per quanto concerne il contenuto l'estensione, il rango della garanzia reale, nel caso esistesse divergenza fra tenore del titolo e iscrizione a Rf., il diritto materiale, in omaggio al consacrato principio della sua preponderanza, sarebbe decisivo. L'affidarsi, anche in buona fede, all'iscrizione non sarebbe suscettibile di protezione alcuna. Quest'assunto è il corollario di un postulato: non godendo il registro provvisorio d'alcuna efficacia di fede pubblica e rivestendo il titolo la semplice qualità di mero « rappresentante » dell'iscrizione, ne discende che al titolo non possono essere attribuite forza ed efficacia maggiori di quelle riconosciute alla iscrizione stessa. Diritti reali, perciò, gravanti l'oggetto del pegno che fossero stati costituiti sotto l'imperio del vecchio diritto e non desumibili dall'iscrizione e dal titolo, l'acquirente è tenuto a riconoscerli, sia esso in buona o in mala fede.

Mutzner asserisce che prima dell'introduzione del rfd., l'acquisto di una c. i. o di una r. f. procura all'acquirente in buona fede i crediti di carattere obbligatorio e personale del CCS., per quanto concerne il diritto reale, invece, *il titolo non può offrire di più di quanto offra la forma cantonale di pubblicità*. Mutzner, cioè, sancisce il principio che la forma cantonale di pubblicità può esplicare forza maggiore, pur asserendo che l'iscrizione e il titolo non possono avere forza ed efficacia diversi. Ora, relativamente all'emissione di c. i. e r. f., la nostra legislazione prevede un'apposita procedura intesa ad epurare, ad accertare in un determinato ambito e grado la situazione di fatto, il diritto materiale. Infatti, un decreto esecutivo del 31 agosto 1912, prescrive che l'emissione di c. i. e r. f. dev'essere preceduta dalla pubblicazione di una grida così come è prevista dal decreto legislativo del 26 giugno 1912, *allo scopo di accertare i diritti reali, le servitù e gli oneri che aggravano i fondi*. E' evidente che la situazione di fatto prima e dopo la grida assume carattere diverso: da una situazione incerta si passa ad una situazione maggiormente epurata, purgata. Viene creata una base, cioè,

su di cui è possibile fare un certo affidamento. E se la situazione di fatto presenta un maggior coefficiente di certezza, di riflesso, tale coefficiente spiega i suoi effetti anche nei riguardi dell'iscrizione che è copia, trascrizione, descrizione della situazione di fatto. La procedura gridale è tale da procurare, col suo effetto perentorio, una situazione legale di fatto epurata, maggiormente certa. La regola che sta alla base della grida è la seguente: tutti i diritti che non vengono notificati alla grida sono dichiarati perenti (articolo 14 Decr. 26 giugno 1912). Sono esclusi dall'obbligo d'esser contraddetti: i pegni immobiliari, i diritti reali già iscritti a Rfp. e le servitù apparenti e continue, acquistate anteriormente al 1912. E' ovvio rilevare che la situazione di fatto a seguito della grida risulta epurata nei rispetti di di questi diritti e in quest'ambito è parificabile a una situazione di fatto definitivamente epurata: l'iscrizione, quindi, a Rfp. basata su di un certificato di grida, che non abbia dato luogo a contestazioni, può essere considerata equipollente a un'iscrizione definitiva a Rf. Il titolo, inoltre, contiene tutti i diritti che gravano il fondo ed accertati dalla grida (art. 4 Decr. 31 agosto 1912) e contiene inoltre l'avvertenza che le servitù apparenti e continue acquistate anteriormente al 1912, non sono comprese nell'elenco. Ora, sino a qual limite può venir protetta la buona fede dell'acquirente del titolo ?

a) può validamente riferirsi all'iscrizione per i diritti elencati nel titolo in quanto sono stati accertati dalla grida e risultano dal registro provvisorio il cui principio statuisce che ogni diritto reale è validamente costituito soltanto colla iscrizione a registro provvisorio.

b) è protetto in punto ai pegni immobiliari così come risultano dai registri non essendo i creditori, per precisa disposizione legislativa, tenuti a contraddire alla grida e ritenendosi quindi il registro dei pegni immobiliari come epurato e definitivo.

c) La buona fede non può invece sussistere per le servitù apparenti e continue costituite prima del 1912, in quanto la buona fede vien distrutta dall'avvertenza contenuta nel titolo stesso e quindi col suo acquisto.

Evidentemente l'affidarsi all'iscrizione del registro dei pegni immobiliari per l'emissione di una c. i. o r. f. non è per il terzo in buona fede giuridicamente la stessa cosa come l'affidarsi a un'iscrizione definitiva di una c. i. o r. f. a Rfd. Un'iscrizione a Rfd., infatti, presuppone un'epurazione totale e definitiva del fondo nei riguardi di tutti i diritti reali. Tecnicamente significa l'apertura di un foglio

tenuto a sistema reale e il suo rilievo geometrico. Il diritto del terzo in buona fede è automaticamente riconosciuto ope legis col semplice riferimento all'iscrizione. L'iscrizione invece di una c. i. o r. f. a R. p. basata su di una grida non rappresenta un'iscrizione di una situazione di fatto definitivamente epurata: le servitù apparenti infatti, come abbiamo visto, costituite anteriormente non figurano a Rp. e non devono essere notificate alla grida per precisa disposizione di legge, così come per i pegni immobiliari. L'articolo 973 non spiega inoltre i suoi effetti. Non esiste, infine, dal punto di vista tecnico l'obbligo di un foglio unico per ogni fondo nè quello di un rilievo geometrico del fondo. Praticamente, però, il terzo in buona fede può giungere al medesimo risultato attraverso la via processuale in virtù della forza probatoria espleta dal certificato di grida che è base della iscrizione e del titolo. Il diritto del terzo in buona fede non sarà riconosciuto automaticamente, col semplice riferimento all'iscrizione, in forza della pubblica fede dell'art. 973. Esso dovrà farsi attore e in base al certificato di grida comprovare il suo diritto. Il certificato di grida col suo carattere perentorio corregge il diritto materiale e lo finge, come nel caso di un'iscrizione def. a Rfd., corrispondente all'iscrizione. Il terzo in buona fede dimostra cioè che il diritto materiale, nell'ambito del certificato di grida, corrisponde al tenore dell'iscrizione e del titolo. Al terzo in buona fede, in altre parole, incombe l'onere della prova che però gli tornerà facile appunto in forza del carattere del certificato di grida. Come si vede, attraverso una diversa procedura, il terzo in buona fede giunge al riconoscimento del suo diritto, giunge cioè al medesimo risultato giuridico sempre s'intende nell'ambito dei diritti accertati dalla grida regolarmente esperita e garantiti dal principio della forza negativa che regge il sistema del Rfp.

I. - Rapporto fra Rf. e titolo.

Il Rf. e il titolo costituiscono una forma peculiare di pubblicità: per il medesimo diritto esistono l'iscrizione e il titolo.

Il rilascio del titolo deve essere effettuato ogni qualvolta venga emessa una c. i. o una r. f. (art. 856/I), emissione che deve avvenire, ex officio, pel tramite dell'ufficiale del registro (art. 857/I). Essa non può venir esclusa mediante pattuizione. Il titolo, inoltre, presuppone la costituzione, l'iscrizione del diritto.

Ogni modificazione, ogni mutamento, ogni variazione che subentri nel rapporto giuridico dev'essere non solo

iscritta a Rf. ma, analogamente, annotata, ex officio, sul titolo. E ciò è evidente: altrimenti il terzo in buona fede non potrebbe aver conoscenza delle modificazioni avvenute e non potranno venirgli opposte, ad eccezione delle annualità pagate a norma del titolo stesso (art. 874). Si può, quindi, definire così come Wieland [1]), il titolo come « un registro fondiario ambulante », che deve essere sempre in perfetta concordanza coll'iscrizione.

Giusta l'art. 868/I, il titolo costituisce un requisito per far valere il diritto incorporato: esso è, quindi, una carta valore e non un mero mezzo di prova (825/II). I principi del diritto delle carte valori disciplina la trasmissione di questi titoli (art. 869/III). Il titolo rilasciato in forma regolare come c. i. o r. f. fa stato secondo il suo tenore letterale, per chiunque, in buona fede, siasi riferito al documento (art. 866).

Il titolo è, quindi, una carta valore il cui diritto contenuto dipende dal contenuto del documento (naturalmente nel senso e nei limiti dell'art. 867). Il diritto esiste ed è efficace così come appare dal documento [2]).

a) *Il pegno immobiliare prima della costituzione del titolo.*

Il diritto di pegno nasce, secondo la regola comune, coll'iscrizione a Rf. [3]). Cioè la iscrizione ha forza costitutiva. Ne deriva un'immediata conseguenza: il titolo, in relazione alla costituzione del pegno, ha semplicemente carattere dichiarativo.

A norma dell'art. 53 RRff. l'ufficiale del R. competente, procedendo all'iscrizione d'una c. i. o r. f., deve, contemporaneamente, provvedere all'emissione del titolo. Ora, a seconda delle circostanze, corre sempre un certo lasso di tempo fra iscrizione ed emissione, più o meno lungo (in conseguenza, per es.: ad un forte afflusso di domande di iscrizione od anche in seguito alla prescrizione stabilita dall'art. 852, che richiede la firma dell'ufficiale del R. o d'altra autorità), cioè l'iscrizione e l'emissione, praticamente, non sono e non possono essere operazioni simultanee, coincidenti.

---

[1]) cfr. Wieland, Grandbuchrecht, pag. 355.

[2]) Per tutte queste considerazioni e le seguenti cfr. Jenni, op. cit. « Grundbuch und Titel », di cui ci siamo serviti nella trattazione di questo paragrafo.

[3]) cfr. 799; 971, 958 e 946.

Si ha cioè la seguente situazione: l'iscrizione è avvenuta, l'emissione del titolo invece non ha ancora avuto luogo.

1. Dal momento che il diritto di pegno nasce formalmente coll'iscrizione a R., consegue: l'aggravio ipotecario del fondo dev'essere considerato, ex officio, dall'ufficiale del R., nel caso di trasferimenti, di nuovi aggravi, di frazionamento, di svincoli di pegno, di raggruppamento, ecc.

2. Il pegno nasce anche, materialmente, colla iscrizione a Rf., a condizione, però, che sussista già una pretesa (credito) (ad es.: che la somma del prestito sia già stata devoluta). In quest'ipotesi il creditore ha già una pretesa, che, al momento dell'iscrizione a R., vien garantita dal pegno, senza che vi sia ancora emissione del relativo titolo. Una cessione del credito non può venire logicamente ammessa, chè sarebbe antitetica all'art. 869/I. Coll'emissione del titolo bisogna intravedere unicamente il termine, la fine dell'operazione costitutiva, reale del contratto. Che il pegno, però, nasca, al momento dell'iscrizione, trapela chiaramente dal testo dell'art. 865: « il credito derivante da una c. i. o r. f. esiste a norma dell'iscrizione . . . ».

Una conseguenza opposta si ha quando venga iscritta una c. i. o r. f. al portatore o il diritto di pegno a favore del proprietario. In questa circostanza il pegno è costituito formalmente ; materialmente non esiste ancora però nessuna pretesa. In seguito alla fusione di creditore e debitore nella medesima persona, la pretesa rimane latente, «giace». Essa nasce e agisce soltanto nel momento in cui avviene un trasferimento, una disposizione del proprietario, trasferimento e disposizione che sono possibili unicamente in unione col titolo, cosicchè il diritto di pegno materiale rimane in istato latente, statico.

3. L' iscrizione costituisce la presunzione del diritto : all' iscritto perviene la legittimazione d'esercizio di quelle pretese che traggono origine dal diritto stesso. Premessa, è ovvio rilevarlo, è un' iscrizione giuridicamente valida. Tale presunzione si estende anche all'esistenza del credito ad esclusione naturalmente della ipoteca [1]).

b) *Il pegno immobiliare dopo la costituzione del titolo.*

Tosto che il titolo è, in modo formalmente esatto, emesso dall'ufficiale di R. competente [2]), il diritto di pegno è perfetto ed esplica la sua piena e completa efficacia. Ciò

---

[1]) cfr. Jenni pag. 120; Ostertag art. 937, n. 7 e Wieland 519 c. 8.

[2]) cfr. art. 53 - 58 RRFf.

che per noi ha importanza è il fatto dell'estensione della pubblicità sul titolo giusta l'art. 866; con ciò il titolo diventa « rappresentante » dell' iscrizione a R., gode della medesima forza giuridica. Ad esso si può quindi attribuire la medesima fiducia che all' iscrizione, non solo, ma anche il credito è protetto nella medesima misura [1]).

I presupposti per la protezione della buona fede dell'art. 866, sono analoghi ai requisiti oggettivi e soggettivi della buona fede del Rf.

Esistono, però, alcune variazioni, deroghe:

1) il titolo dev'essere emesso sulla base di una iscrizione formalmente regolare. Il titolo senza l'esistenza di una simile iscrizione è nullo [2]). Se l' iscrizione fosse avvenuta contro la volontà e all' insaputa del debitore o del proprietario, l'acquirente in buona fede dev'essere protetto [3]).

2) Il titolo di pegno è un documento di legittimazione d'esercizio del diritto incorporato [4]). Il titolo può andar perduto e venir di nuovo ritrovato : se è un titolo al portatore, viene allora parificato alle cose mobili e vale l'art. 722. Colui il quale ha trovato il titolo, l'acquista insieme col credito quando sono trascorsi 5 anni. Se si tratta, invece, di titoli nominativi colui che trova il titolo non acquista il credito, mancandogli la possibilità di farselo cedere. Anche nel caso in cui egli l'alienasse ad una terza persona, non potrebbe invocare, in suo favore, nè gli articoli 866, 933 e nemmanco l'art. 714.

Il terzo invano può appellarsi alla sua buona fede, perchè non esiste una serie continua di dichiarazioni di cessione, requisito essenziale, indispensabile della buona fede. Se colui che ha trovato il titolo scrivesse, dolosamente, su di esso una girata e l'alienasse ad un terzo in buona fede, senza ch'egli noti e s'accorga del dolo, dell'inganno, allora esso deve venir protetto [5]).

3) Il titolo di pegno dev'essere emesso in forma regolare. Deve presentare, cioè, tutti i requisiti essenziali [6]).

---

[1]) cfr. Jenni pag. 123.
[2]) cfr. Leemann art. 865/66, n. 9; Wieland 410 s.
[3]) cfr. Jenni pag. 123.
[4]) Eccezioni al principio della presentazione del titolo sono elencate agli art. 861/62; 870/71.
[5]) cfr. Jenni pag. 124, così come per tutte le altre ipotesi: iscrizioni di c. i. e r. f. false od erronee; titolo di pegno emesso da un estraneo non autorizzato ecc.
[6]) cfr. art. 857/II e 858; art. 53 - 58 RRFF

Se fa difetto un requisito essenziale di forma che rende nullo il titolo, questa circostanza può esser opposta, efficacemente, anche nei rapporti del terzo in buona fede: valevoli sono le eccezioni scatenti dall'art. 872, che si riferiscono al titolo. Ad es.: ad una iscrizione materialmente valida, viene emesso un titolo erroneo: per una iscrizione di c.i. un titolo di r.f. e viceversa. In questi casi, esiste la possibilità di chiedere la modificazione o il cambiamento del titolo. Se titolo ed iscrizione fossero falsificati, una simile completazione non sarebbe possibile.

4) Altro requisito è la buona fede dell'acquirente. Il momento determinante della buona fede è quello del trasferimento del titolo: « mala fides superveniens non nocet ».

Se esistono le richieste indispensabili, il terzo in buona fede, acquista il diritto di pegno e il relativo credito nell'estensione e nel rango descritti dal titolo e dall'iscrizione.

Le modificazioni del rapporto giuridico come, ad esempio: pagamenti rateali, facilitazioni di pagamento, svincoli di pegno, cambiamenti di rango, ulteriori convenzioni circa gli interessi ecc., che non vengono menzionati nel titolo che non poteron venir conosciute, l'acquirente non è tenuto a rispettarle e può, di conseguenza, validamente contestarle [1]).

L'efficacia protettiva della pubblica fede abbraccia quindi:

a) il diritto di pegno, nell'estensione e nel rango che sono descritti dal titolo;

b) il credito principale;

c) gli interessi in corso e le annualità non ancora scadute.

Escluse sono le convenzioni di garanzia, accessorie, secondarie. L'iscrizione e il titolo offrono garanzia circa la persona del debitore soltanto al momento della costituzione del titolo.

II. - Rapporto fra titolo ed iscrizione, nel caso di divergenza.

Per « divergenze » si devono intendere quelle differenze che creano una disuguaglianza fra titolo ed iscri-

---

[1]) Ciò, sotto riserva dell'art. 867, nel caso in cui una relativa iscrizione esista a R. e non nel titolo. Così dicasi del diritto di privilegio dell'imprenditore: l'imprenditore ha un diritto di contestazione a sensi dell'art. 841/II.

zione ed eliminano, conseguentemente, la necessaria concordanza tra documento e Rf. La differenza può sussistere: ab inizio, al momento della costituzione del titolo, oppure posteriormente.

Si possono verificare le seguenti ipotesi :

1) l' iscrizione non esiste ed il titolo viene emesso oppure l' iscrizione venne cancellata, radiata del R. senza l'equivalente estinzione del titolo;

2) vennero emessi più titoli di quanto ne descrive l' iscrizione, oppure vennero estinti più titoli nel Rf. che non in realtà;

3) venne emesso un titolo per un' ipoteca, oppure un titolo di r.f. per un' iscrizione di una c.i. e viceversa.

Effetto della divergenza.

Quando tra due fonti giuridiche di un diritto, esistono divergenze, differenze, disuguaglianze, la soluzione del conflitto deve consistere nella preferenza, nella prerogativa a favore di una o dell'altra fonte, dichiarata dal legislatore.

Ciò concerne anche il nostro caso.

Il Rf. è decisivo, ha la preponderanza sul titolo, e ciò è la logica conseguenza della posizione di primo piano che assume l' istituto del Rf. come espressione delle relazioni, dei rapporti giuridici, nell'ambito del regime fondiario (art. 867).

Infatti : del contenuto del Rf. si può prendere conoscenza in ogni tempo e senza molta fatica, non così nei rapporti del titolo, negoziabile, trasmissibile, circolante, e, quindi, di difficile esame. Il principio della forza preponderante del Rf., giusta l'art. 867, può sembrare. di leggieri, chiaro e semplice. In realtà così non è. Esistono alcune difficoltà che devono, seppur brevemente, essere esaminate

a) *Il contenuto del Rf. è, in tutti i casi, decisivo, quando egli coincida, corrisponda colla reale situazione giuridica di fatto.*

Il contenuto del titolo è erroneo : il creditore può chiedere la rettificazione dell'art. 975. Così ad es.: se il titolo menziona un aggravio minore che non l' iscrizione e la somma maggiore corrisponda alla reale situazione.

Se non esiste alcuna iscrizione, il titolo è completamente inefficace. L'acquirente in buona fede ha però, evidentemente, un'azione di risarcimento [1]). Se la somma mi-

[1]) Ciò, naturalmente, quando si tratti di un titolo emesso regolarmente dall'ufficiale del R. Se, invece, trattasi d'una falsificazione di un terzo, non ha luogo nessuna responsabilità a carico dello stato.

nore iscritta nel titolo è giusta, esatta e conforme alla situazione materiale, come ad es.: a seguito di pagamenti parziali, a posteriori variazioni nel rango, svincoli di pegno, l'acquirente non può appellarsi alla sua buona fede del Rf., chè essa vien distrutta ed è contraddetta dalla menzione fatta nel titolo di queste avvenute operazioni.

b) *Se il contenuto del Rf. è materialmente erroneo esso rimane, tuttavia, decisivo, in quanto però presenti un addebito minore del titolo e un terzo in buona fede, sulla base della iscrizione, abbia acquistato un diritto reale sul fondo, oggetto del pegno.*

Se tali condizioni non si verificano, il creditore può chiedere la rettifica dell'art. 975, allo scopo di mettere, di stabilire l'accordo, l'armonia tra l' iscrizione, la reale situazione di fatto e il titolo. Se si decidesse altrimenti, ne deriverebbe un abuso ingiustificato del formalismo del R. e si indebolirebbe, senza motivo e ragione, l'azione di rettifica sancita dall'art. 975.

Le conseguenze sono le seguenti :

1) Se il titolo porta un addebito maggiore dell'iscrizione, per es.: 10.000 invece di 1.000, sia questa discrepanza succeduta ab inizio o posteriormente alla costituzione del titolo, il diritto del creditore *esiste solo nell'estensione della iscrizione*. Il debitore è tenuto unicamente a riconoscere e a rispettare quanto dichiara l' iscrizione e può chiedere, di conseguenza, la relativa rettificazione del titolo. Un'eccezione può, in determinate circostanze essere fatta, e cioè quando l' iscrizione materialmente sia infondata, mentre il titolo è esatto e giusto e non vennero acquistati in buona fede diritti reali sul fondo, al momento dell'iscrizione. In tal caso può venir concessa l'azione di rettifica dell'art. 975, a favore del creditore pregiudicato.

Se tanto l' iscrizione, quanto il titolo non corrispondessero alla realtà di fatto si avrebbe, secondo Jenny, quanto segue: il terzo acquirente in buona fede dev'essere protetto giusta l'art. 867, nei limiti dell' iscrizione.

2) Se il titolo contiene un minore addebito che non l' iscrizione, allora esso annienta la pubblica fede del Rf. e diviene decisivo e preponderante.

Da tutto ciò si può dedurre quanto sia importante per il proprietario e per il debitore che uno svincolo di pegno, un pagamento parziale o una concessione di debito, non vengano soltanto menzionati nel titolo, ma iscritti a Rf.

§ 11) IL CATASTO DELLE ACQUE

L'art. 17 LG33, alla lettera c) dichiara che il catasto delle acque è parte integrante del Rp.[1]). Esso non ha unicamente valore probatorio, forza dichiarativa, non è semplicemente un mero elenco di diritti, ma è condizione indispensabile di esistenza dei diritti stessi, senza di che questi non sono protetti dallo Stato che ha appunto stabilito la procedura di accertamento mediante processi gridali. La situazione è la seguente: ogni concessione dev'essere inscritta nel R. (non ad probationem ma ad solemnitatem) ed in quanto si tratti di diritti acquistati precedentemente al 1. gennaio 1912, il catasto cantonale costituisce l'autorizzazione all'iscrizione (art. 24 LG33). Ne consegue che i diritti d'acqua sono protetti in quanto possono ottenere la iscrizione e che si debbono considerare insussistenti ed inesistenti quei diritti antecedenti il 1. gennaio 1912 che non fossero stati iscritti a catasto cantonale.

Il Consiglio di Stato è autorità competente nell'esame e nella concessione d'utilizzazione di acque pubbliche, nelle decisioni o rimozioni di opposizioni e nella determinazione per via amministrativa della contestazione o meno del diritto del terzo che si fa valere contro la concessione[2]).

Il catasto delle acque si distingue dagli altri elementi del Rp. nel senso che anche i diritti costituiti prima del

---

[1]) La legge del 1911 aveva proclamato il catasto delle acque come parte integrante del R., agli art. 12 e 34.

[2]) Naturalmente il giudizio del Consiglio di Stato non assume carattere definitivo, non ostacola il procedimento per via giudiziaria, cosicchè colui il quale si reputasse leso nel proprio diritto potrebbe far valere la sua pretesa davanti all'autorità giudiziaria. E ciò è chiaro e giusto. Il giudizio del Consiglio di Stato circa l'esistenza dei diritti dei terzi è un giudizio di deliberazione o di apparenza: non decide in causa propria contro un terzo perchè:

a) esplica quest'attività in forza del diritto pubblico amministrativo;

b) lo stato non esige, giusta la nostra legge, la proprietà sulle acque suscettibili d'utilizzazione e non ha quindi un immediato interesse contro il terzo;

c) l'autorità amministrativa concede soltanto ciò su cui può disporre e lascia immuni i diritti dei terzi in quanto si possa in altro modo dichiarare la loro esistenza e la loro validità.

Cfr. RGP. 1917, pag. 454; messaggio governativo 1912 su variazioni art. 7 Reg. 28 novembre 1895; verbali Gran Consiglio 1912 pag. 261, sessione autunnale.

1912 sono considerati inesistenti se non sono iscritti a catasto. L'effetto negativo non si limita quindi alla cerchia dei diritti costituiti e concessi dopo il 1912, ma comprende ed abbraccia tutta la categoria dei diritti d'acqua ed ha valore costitutivo di fronte a tutti essi, indistintamente ed indipendentemente dal tempo in cui vennero pattuiti. Tale situazione, è evidente, la si è potuta creare, come abbiamo già detto, mediante processi gridali che vennero prescritti dal Cantone già colla promulgazione della legge del 17 maggio 1894 [1]) sull'utilizzazione delle acque che appunto prevedeva l'erezione di un regolare catasto per la constatazione dei diritti acquisiti (art. 2 legge cit.). La suddetta legge precorreva l'art. 937 CCS. che statuisce la presunzione del diritto e le azioni possessorie a favore della persona iscritta e l'art. 971 che ordina per la costituzione di un diritto reale l'iscrizione a R.

La legge sulle acque mirava a due scopi: quello di porre la regolamentazione delle utilizzazioni idrauliche sotto la sorveglianza statale, ponendo forse mente al pensiero del giurisperto Giacometti « il legislatore deve riservare allo stato ogni fiume e ogni torrente, onde l'amministrazione pubblica possa regolare la concessione nel modo più favorevole ai progressi dell'irrigazione e dell'industria; essa potrà imporre obbligazioni e condizioni, sia nel pubblico interesse sia nell'interesse collettivo di tutta una regione o di più proprietari; potrà infine ricavarne un vantaggio pel tesoro nazionale, pur restando entro i limiti di una giusta moderazione », e determinare, altro scopo, i diritti acquisiti che potevano essere vantati sulle acque e sopprimere le utilizzazioni dei proprietari rivieraschi che avessero potuto ancora esercitarsi in base all'art. 290 CCT.[2]).

Per conseguire l'accertamento dei diritti acquisiti dai proprietari rivieraschi che avessero eseguito delle utilizzazioni e per impedire che dagli stessi potessero farsi altri ulteriori nuovi usi del diritto facoltativo di valersi dell'acqua che scorreva nei confini del loro fondo, il Consiglio di Stato prescindendo da un catasto generale descrittivo delle acque sottoposte alla legge 17 maggio 1894, ha fatto espe-

---

[1]) La nostra legge del 1894 fu modellata su quella di San Gallo, che ebbe per redattore il giurista Dr. Hoffmann.

[2]) cfr. CCT. 290: « il possessore di un fondo può valersi dell'acqua che vi scorre in confine, tanto per irrigare che ad uso di edilizio, senza pregiudicare però dei diritti da altri già acquisiti ». Cfr., inoltre, rapporto comm. 30 aprile 1894 e verbali Gran Consiglio 1894, sessione primaverile, pag. 323.

rire la procedura di annotazione dei diritti esistenti. Il Dipartimento delle pubbliche costruzioni rese noto nel F. O. n. 37 del 14 settembre 1894 a tutti i Municipî, Uffici patriziali e privati che, per cura di una squadra di ingegneri sarebbero stati intrapresi i rilievi occorrenti per la creazione del catasto comprendente i laghi e i corsi di acqua contemplati dalla legge 17 maggio 1894, coll' invito di coadiuvarli nel disimpegno delle loro mansioni e l'obbligo di notificare i rispettivi diritti.

I commissari diramarono, alla loro volta, una circolare alle municipalità del cantone, colla quale le invitavano a voler inviare una lista ufficiale degli utenti effettivi nel comune non solo ma anche di coloro che avessero posseduti tali diritti anche senza concessione momentanea.

Coll'ausilio di queste comunicazioni, colle informazioni e coi sopraluoghi si pervenne all'allestimento del catasto delle acque pubbliche del 1894-1896 per ogni singolo comune, catasto che consta di due parti :

a) un prospetto nel quale sono indicati i corsi d'acqua, gli utenti, la località e la qualità dell'utenza, l'acqua misurata, la caduta, i motori, la forza;

b) un disegno che riguarda la descrizione del corso d'acqua relativo ai punti di utilizzazione ed il nome degli utenti.

Il catasto non elenca tutti i corsi d'acqua nella loro lunghezza totale, ma soltanto i corsi d'acqua sui quali esisteva un diritto [1]).

Il Consiglio di Stato il 29 aprile 1898, sottoponeva al Gran Consiglio un progetto di regolamento sul catasto dei diritti delle acque che veniva dichiarato legge il 31 maggio 1899, in cui, all'art. 2, viene precisato che cosa dovesse comprendere il catasto, approvando, implicitamente il catasto delle acque pubbliche 1894-1896, ordinandone la conservazione nell'Archivio del Dipartimento delle Pubbliche Costruzioni.

Il catasto delle acque pubbliche 1894-1896, nel senso determinato ed approvato dal Reg. leg. 31 maggio 1899 in base alle prescrizioni degli articoli 9, 10, 11 dello stesso, doveva poi essere depositato in copia presso gli uffici municipali dei comuni sul cui territorio si trovano le opere di derivazione e tale copia rimane acquisita all'Archivio municipale dopo trascorso il termine per le notificazioni ed opposizioni. Il deposito doveva essere reso pubblico me-

[1]) cfr. art. 2 e 4 Reg. 31 maggio 1899.

diante avviso sul foglio ufficiale, e contemporaneamente, doveva essere pubblicato sul foglio ufficiale l'elenco per Comune dei diritti d'acqua compresi nel catasto.

Nel termine di un anno dalla suddetta pubblicazione chiunque vantava un diritto del quale non fosse stata fatta annotazione e fosse stata fatta erronea descrizione doveva notificarlo al Consiglio di Stato per l'esecuzione dei rilievi come già praticato ed in casi di contestazione, spiegare azione giudiziaria entro 3 mesi innanzi al giudice competente.

In relazione al citato regolamento leg. 1899, il Consiglio di Stato pubblicava il 16 novembre di quell'anno un decreto circa esposizione di atti riflettenti il catasto delle acque pubbliche nel cantone, disponendo all'art. 3 che entro il perentorio termine di un anno dall'avviso e pubblicazione chiunque vantasse un diritto del quale non fosse stata fatta annotazione nel catasto e nell'elenco, o del quale fosse stata fatta erronea descrizione, avrebbe dovuto notificarlo al Consiglio di Stato.

A complemento di tale decreto governativo il Dipartimento Costruzioni avvertiva sui fogli ufficiali n. 48 del 17 novembre 1899 e n. 60 del 25 luglio e 16 novembre 1900 che era stato effettuato il deposito del catasto delle acque nei vari comuni, e pubblicava contemporaneamente l'elenco dei singoli diritti d'acqua privati che eran stati ammessi e riconosciuti per ogni comune, osservando espressamente che da tali pubblicazioni decorrevano i termini per le notificazioni, rettifiche, contestazioni.

Gli art. 10 della legge 1894 e l'art. 7 Reg. 31 maggio dello stesso anno che sanciscono la tenuta a giorno del catasto non vennero ottemperati da una quarantina d'anni a questa parte. Sarebbe quindi opera utile e preziosa aggiornare il catasto invitando le singole municipalità ad inoltrare le proprie copie di catasto e trasmetterne un duplicato ai relativi uffici di R. che dovrebbero incaricarsi della sua tenuta a giorno.

Qual'è la situazione creatasi in seguito a questa inosservanza della legge ?

Da una parte si constata che utilizzazioni d'acqua vengono validamente concesse, esercitate ed approvate [1]) dal-

---

[1]) Questa deficienza della legge e le conseguenti clandestine concessioni dipendono forse dalla natura stessa della legge che ha obbedito soprattutto a criteri fiscali, senza dare al regime delle acque un assetto giuridico, suscettibile di futuri sviluppi economici a profitto della pubblica e privata economia e non

l'autorità che li iscrive d'ufficio nei registri censuari e li colpisce della relativa imposta, senza la corrispondente iscrizione a catasto, prescindendo da un elemento indispensabile esplicitamente sancito dalla legge alla costituzione del diritto, abbiamo, quindi, in concreto, una tacita rinuncia da parte dello stato a valersi d'una facoltà e precisamente della perenzione del diritto, perchè in casu esso permette che si proceda ad atti che sono incompatibili coll'intenzione insita nella facoltà stessa, cioè il riconoscimento del diritto senza il relativo ossequio del disposto legislativo: esistenza, riconoscimento che è l'antitesi della perenzione, della perdita [1]).

Ma v'è di più. Il Gran Consiglio non si è limitato ad una tacita conferma ma è arrivato a proclamare che « devono essere considerati come diritti reali, non soltanto quelli che sono al beneficio di una iscrizione nei pubblici registri, ma tutti quei diritti acquisiti, di cui i proprietari possono provare l'esistenza » [2]).

D'altro lato la giurisprudenza del nostro Tribunale di Appello nelle sentenze degli anni 1909, 1917 e 1919, sancisce la efficenza probante e perentoria del catasto delle acque come data per dimostrata ed assoluta.

Ne nasce un evidente conflitto: da una lato l'autorità amministrativa deroga la legge, d'altro canto invece, l'au-

---

forse trattata con una sufficente prudenza e coll'ausilio di dati tecnici ed economici minuziosamente elaborati, ed in consonanza con schemi giuridici che potevan avere maggiore affinità topografiche ed economiche del nostro cantone. Un altro difetto sta forse anche nel fatto di avere giuridicamente lasciato insoluto la quistione della proprietà assumendo unicamente lo stato un compito di sorveglianza, di controllo, di polizia.

[1]) In un messaggio del Consiglio di Stato del 25 luglio 1905 sulla concessione delle acque del Ticino alla Biaschina, pag. 5, si legge quanto segue: « quando lo stato trovi, in un caso speciale, che è del proprio interesse seguire altre norme da quelle contenute nella legge in parola (legge 1894), è sempre nel suo diritto di farlo come ogni privato. Pur avendo prestabilito a se stesso alcune condizioni per la vendita di qualche sua proprietà è però sempre in sua facoltà di abbandonare tali condizioni, quando ciò gli apparisca conveniente, senza che nessun altro possa pretendere ch'egli sia tenuto ad osservarle ciò sempre s'intende, purchè restino salvi i diritti dei terzi ».

[2]) art. 2 decreto leg. 31 maggio 1928 e relativo rapporto commissionale.

torità giudiziaria riconosce la piena validità e la indispensabilità della legge, del catasto.

Quale la soluzione ?

Il Consiglio di Stato trovandosi davanti ad una situazione creatasi in seguito alla deroga del disposto legislativo « nel catasto dei diritti d'acqua verranno iscritte le nuove concessioni », e divenuta insostenibile colla reale situazione di fatto, ha dovuto procedere ad una corrispondente deroga del principio assoluto della forza probatoria del catasto proclamando l'esistenza dei diritti « di cui i proprietari potessero provare l'esistenza ».

Modifica, richiesta da necessità pratiche, resa opportuna da una condizione di fatto che era in contrapposizione colla legge, abolizione di un conflitto tra la legge che è teoria, dogma e la pratica che è vita, evoluzione.

La giurisprudenza del Tribunale d'Appello più ossequiente ai dati della pura legge, prescindendo da ogni suffragio pratico, e poggiandosi forse su di una erronea equiparazione del catasto delle acque e dei suoi effetti a quelli del Rf., previsto dal CCS. di cui esso fa parte giusta la legge del 1933, soltanto in via provvisoria e in quanto sia allestito a norma del Reg. del 1899, ha dato degli apprezzamenti che si possono definire puramente personali, soggettivi, i cui effetti giuridici non possono essere esplicati in considerazione della diminuita portata giuridica e pratica del catasto [1]).

Concludendo, ne consegue, *che gli effetti giuridici perentori del catasto delle acque sono in realtà, infirmati dall'imperfezione tecnica di esso e dalle anomalie del sistema legislativo che lo ha creato e si spiega, quindi, la riserva giusta, indispensabile scatente da necessità empiriche, del riconoscimento dei diritti « i cui proprietari possono dimostrarne l'esistenza »* a scapito del principio, aprioristico forse, della legge del 1896, e confermato dalla giurisprudenza cantonale, dell'efficienza probatoria del catasto.

---

[1]) Nella sentenza del 1919 del Trib. d'Appello, si legge : « ... basta solo richiamare che l'art. 971 CCS. prescrive che ove per la costituzione di un diritto reale sia prevista l'iscrizione medesima e la legge sull'introduzione del Rf. ha stabilito nei suoi articoli 12 e 34 (oggi art. 17, 24 LG 33) che il catasto delle acque fa parte integrante del Rf.; così che — come già fu detto nella sentenza 1917 pag. 453 — i diritti d'acqua sono protetti in quanto possono ottenere l'iscrizione e debbono considerarsi inesistenti ed insussistenti quei diritti precedenti al 1° gennaio 1912 che non fossero stati iscritti nel catasto cantonale costituito dalla legge parte integrante del Rf. » cfr., inoltre, RPG. 1919 pag. 693 es.; 1917, pag. 453 e 1909 pag. 218.

§ 12) VENDITA ALL' INCANTO DI FONDI, NELL' ESECUZIONE FORZATA

Un'eccezione, una deroga a tutto il sistema su cui poggia e si svolge l'esistenza giuridica del Rp., è costituita dalla vendita all' incanto di fondi nell'esecuzione forzata. Quando un fondo vien messo all' incanto, a seguito della procedura di esecuzione e fallimenti, l'ufficio dei fallimenti deve, dapprima, stabilire i diritti reali che gravano sull'oggetto dell' incanto, elencarli, cioè, allestire l'elenco degli oneri [1]).

L'accertamento, la determinazione non si limita soltanto alla cerchia dei diritti reali iscritti a Rf., ma si estende anche a quei diritti e specialmente a quelle servitù costituite sotto l' imperio del CCT., nate, cioè, senz'alcuna relativa iscrizione nei libri pubblici. A tal fine, giusta l'articolo 138/II LEF. e l'art. 29/III dell'ordinanza del Trib. fed. del 1. gennaio 1921 sull'esecuzione dei fondi, l'ufficio dei fallimenti, deve emanare un bando coll' ingiunzione d' insinuare la notificazione di queste servitù.

Lo scopo a cui tende questa procedura è chiaro ed evidente : l'elenco degli oneri deve munire la vendita all' incanto d'una base solida, sicura, nel senso che l'acquirente all' incanto abbia la garanzia e la sicurezza che all' infuori dell'elenco elaborato nessun altro diritto reale esista sul fondo.

Conseguenza della non avvenuta notificazione non può essere che la seguente : i diritti non accolti, non compresi nell'elenco degli oneri non sono opponibili all'acquirente in buona fede e valgono come estinti, perenti in suo confronto. Questo principio si riferisce anche a quelle servitù costituite secondo il diritto cantonale e che, quindi non sono iscritte a Rp.

L'art. 29/II dell'ordinanza del Trib. fed., sancisce che le servitù non notificate non possono venir opposte all'acquirente in buona fede, in quanto non si tratti di reali diritti efficaci come tali senza relativa iscrizione a Rf. anche dopo l'entrata in vigore del CCS.

Quest'ultima riserva è fatta a favore di quelle servitù che sono visibili esternamente (art. 676/III e 691). Esse vengono eo ipso trasferite al nuovo acquirente tanto in una vendita o trasmissione regolare, volontaria, quanto in

---

[1]) LEF. cfr. art. 138; 140; 135 e 259.

occasione della vendita all' incanto nella esecuzione forzata, anche se l'acquirente non ne avesse avuto conoscenza.

Accade invece l'opposto per quelle servitù erette sotto la vecchia legislazione cantonale, valevoli ed efficaci senza iscrizione a R. Esse, in un contratto immobiliare di vendita ad es., conchiuso durante il periodo transitorio del Rp., possono venire validamente opposte contro chiunque anche nei rapporti del terzo in buona fede, a sensi dell'articolo 48/III Tf. Se, invece, il fondo costituisse oggetto di una liquidazione forzata, tutte le servitù non notificate sono dichiarate perenti ed estinte nei riguardi dell'acquirente in buona fede.

Ne consegue la peculiare situazione che l'acquirente in un contratto normale, comune di vendita di immobili è meno protetto e meno sicuro che non colui il quale partecipa all' incanto di immobili nell'esecuzione forzata. Questo contegno impari della legge lo si deduce dall'art. 138/II ed è giustificato dal fatto che l'acquirente in buona fede in un incanto di esecuzione forzata deve, a fortiori, poggiarsi e fare completo assegnamento sull'elenco degli oneri.

In ossequio all' importanza di questo principio esso è anche applicato a quei diritti reali iscritti e desumibili dal Rf. e che non venissero accolti nell'elenco degli oneri : questi diritti, pur essendo iscritti a Rf., non possono venire opposti all'acquirente in buona fede, partecipante all' incanto [1]). Da tutto ciò si deduce che, in simili circostanze, l'elenco degli oneri assume l' importanza e la figura di un Rf. ad hoc.

Giusta l'art. 140/I i diritti reali iscritti a Rf., vengono, ex officio, trascritti nell'elenco degli oneri: il partecipante all' incanto deve unicamente poggiarsi al contenuto dell'elenco, senz'essere tenuto a prendere in esame il Rf. E' questo un'interessante deroga del principio proclamato dall'art. 970/III, secondo cui si finge, si presume la conoscenza del contenuto del registro, in quanto è esclusa la eccezione dell' ignoranza di tale contenuto.

Questa presunzione non trova applicazione nei rapporti del partecipante in buona fede, all' incanto. La buona fede è presunta (art. 3).

Tocca all'attore di dimostrare l' infondatezza della buona fede e distruggere la presunzione provando che sebbene il diritto non sia stato trascritto nell'elenco, tuttavia

---

[1]) cfr. Trib. Fed. Pr. 4 pag. 66.

l'acquirente, il convenuto ne ebbe o ne avrebbe dovuto avere conoscenza.

La non notificazione ha, come abbiamo visto, come effetto, conseguenza legale la perenzione del diritto : il partecipante all' incanto ha diritto di chiedere la cancellazione dell' iscrizione se il diritto fosse iscritto a Rf. L'ufficiale del registro non deve, naturalmente, poggiarsi soltanto sul fatto della non avvenuta notificazione e concedere in base a ciò, la radiazione del diritto iscritto : la buona fede del richiedente può essere distrutta o contestata e noi sappiamo ch'essa è intimamente, inscindibilmente vincolata all'esistenza dell' iscrizione. Per questi motivi anche l'ufficio di esecuzione non può chiedere l' intrapresa di queste operazioni. Se il fruente del diritto si oppone alla cancellazione, l'acquirente in buona fede deve insinuare l'azione destinata a constatare l'estinzione del diritto contestato [1]). Sino a che l'estinzione non è condotta a termine, il diritto esiste ancora formalmente e su di lui può ancora essere disposto. Per prevenire questo pericolo, quest'abuso di disposizione, si ricorre all'ausilio cautelare dell' iscrizione provvisoria giusta l'art. 961/I.

Colui il quale andasse perento in un suo diritto iscritto a Rf., può chiedere risarcimento contro l'ufficio dei fallimenti se, a sensi dell'art. 140 LEF., il diritto estinto fosse stato trascritto nell'estratto del Rf. e non fosse stato in seguito, accolto, per isbaglio, ad es., nell'elenco; oppure, a norma dell'art. 955, sarebbe responsabile lo stato, il cantone, se il diritto non fosse stato trascritto nell'estratto del Rf., dall'ufficiale del Rf.

Se, all'opposto, venisse insinuato, annunciato un diritto iscritto ma inesistente materialmente, si avrebbe, come conseguenza, che in caso di non avvenuta contestazione, esso dovrebbe venir iscritto a Rf., ad incanto esaurito [2]).

In una tale ipotesi l'esecuzione forzata costituirebbe non una causa di estinzione ma una causa di costituzione di diritto immobiliare. Se poi un diritto reale venisse notificato in più vasta estensione, esso dovrebbe, logicamente, venir iscritto a Rf., in tale estensione [3]).

---

[1]) Klage auf Feststellung des Unterganges.

[2]) cfr. Ord. Trib. Fed. art. 62/II.

[3]) Su tutte queste considerazioni cfr. Leemann: « Die Bedeutung der Lastenbereinigung bei der Zwangsverwertung von Grundstücken » SJZ 18 pag. 37 e ss.

CAPITOLO III.

ISCRIZIONI IN SENSO LATO

§ 13) LE ANNOTAZIONI

Come abbiamo già visto (§ 5) il nostro codice contiene 3 specie di annotazioni: quelle riguardanti i diritti personali (art. 959); le restrizioni della facoltà di disporre (art. 960) e le iscrizioni provvisorie (art. 961).

I. - Annotazioni di diritti personali (art. 959).

Il CCS. prevede l'annotazione di determinati diritti personali espressamente sanciti dalla legge stessa. Il numero di questi diritti è delimitato, circoscritto: esiste cioè un numerus clausus. L'art. 959, elenca soltanto una parte di essi, a mo' d'esempio.

I casi esplicitamente catalogati dalla legge in cui è ordinata l'annotazione sono i seguenti:

1) diritto di prelazione (art. 681, 682 CCS. e 216 OR.);

2) diritto di compera e di ricupero (art. 683 CCS. e 216 CO.);

3) diritto di locazione (260 e 282 CO.);

4) patto di riversione (art. 247/II);

5) diritto di subingresso (art. 814 CCS.);

6) diritto alla partecipazione agli utili da parte dei coeredi.

Per quanto concerne gli effetti di queste annotazioni, l'art. 959/II, statuisce che i diritti annotati « diventano efficaci in confronto ai diritti posteriormente acquisiti ». Essi in concorrenza con altri diritti reali e personali, posteriormente acquisiti, hanno la precedenza e devono, inoltre,

rimanere immuni ed impregiudicati da ulteriori diritti costituiti a seguito di sequestro e di pegno [1]).

L'espressione « diritti posteriormente acquisiti » dell'art. 959/II, devesi intepretare nel senso, di diritti che pregiudicano od escludono il rapporto personale annotato.

Le conseguenze di queste annotazioni si possono ridurre a due :

a) distruggono l'efficacia di diritti posteriori pregiudicevoli (art. 959/II);

b) non sbarrano il Rf.

I diritti annotati non sono convertiti in diritti reali, ma conservano la loro natura meramente personale, obbligatoria. Ogni proprietario posteriore del fondo, od altro qualsiasi avente diritto, dovrà guardarsi dall' intraprendere disposizioni di qualsiasi natura che potrebbero costituir pregiudizio al rapporto annotato, altrimenti sono completamente liberi di disporre come a loro pare e piace, cioè il Rf. non è precluso.

Il proprietario, inoltre, non risponde del contenuto dell'annotazione a meno che, insieme col fondo, non avesse assunto anche il contratto, poichè in tal caso, sarebbe tenuto ad ottemperare a tutti gli obblighi ivi pattuiti e non soltanto nei limiti dell'annotazione.

Colui il quale, nel caso del Rff., avesse acquistato un diritto personale del proprietario iscritto e che, materialmente, non fosse autorizzato a disporre, non è protetto dall'efficacia dell'art. 973. L'acquirente si è poggiato, è vero, all' iscrizione ma l'acquisto concerneva non un diritto reale bensì un semplice diritto personale.

La medesima conseguenza si verifica nel caso del diritto di subingresso dell'art. 814/III, quand'esso fosse menzionato sul titolo di pegno. Per quanto tutto questo possa parer strano e, in un primo tempo, in antitesi coll'art. 866 che chiaramente dispone che un titolo emesso regolarmente fa stato del suo contenuto a favore del terzo in buona fede, tuttavia la conclusione succitata è conforme ai principî fondamentali del diritto del Rf.

Infatti, l'art. 866 si riferisce unicamente alla protezione di diritti reali. Il diritto di subingresso non è un diritto reale che è eo ipso efficace, ma concede soltanto una pretesa, un'azione a favore dell'avente diritto. Ne consegue che, non appena il posto precedente diventa libero, vuoto per l'estinzione del pegno anteriore, l'avente diritto deve

---

[1]) cfr. Guhl, Festgabe zur Feier des Bundesger. 1924, pag. 164-165; e Trib. fed. 44; II; 362 e ss.

far valere il diritto di subingresso ed ottenere il consenso del debitore, necessario per chiedere l' iscrizione dell'avvenuta modificazione del rango. Non esiste, cioè, un'automatica progressione, ma occorre una serie di azioni personali: l'ufficiale del R. non può quindi, motu proprio, dar corso ad un' iscrizione di tale natura.

Le annotazioni di diritti personali sono suscettibili di applicazione anche nei rapporti del Rp. Esse hanno una funzione di carattere protettivo nei confronti di una delimitata sfera di diritti personali, non creano un diritto reale, ma il contenuto del diritto rimane, imperturbato, quello di un puro rapporto personale. Esse imprimono un'efficacia che è propria dei diritti reali nel senso che il vincolo personale iscritto non solo può essere fatto valere inter partes, ma nei confronti dei terzi che sono estranei al vincolo contrattuale e che abbiano acquistato diritti posteriori che gli sono pregiudicevoli.

II. - Restrizioni della facoltà di disporre (art. 960).

Le restrizioni della facoltà di disporre rientrano, pure, nella categoria delle annotazioni. Abbiamo già visto (§ 5), in quali casi possono venire intraprese.

La restrizione delle facoltà di disporre è una restrizione determinata dalle circostanze, che delimita, restringe, la piena, assoluta, generale facoltà concessa dalla legge a un soggetto di diritto è, cioè, una restrizione della forza, dell'autorizzazione di disporre. Essa si riferisce unicamente alla persona, al soggetto di diritto e dev'essere distinta dalla restrizione insita nella natura, nel contenuto legale dell'oggetto del diritto. E' da notare inoltre che alle restrizioni dell'art. 960 non appartengono le restrizioni che riguardano l'esercizio dei diritti civili. L'ordinamento legislativo non riconosce, in sostanza, efficacia giuridica a disposizioni del soggetto sul diritto cui è dichiarata la restrizione della facoltà di disporre, indipendentemente dal contenuto più o meno limitato del diritto [1]).

Queste restrizioni mirano alla protezione di interessi pubblici o a quelli di determinate persone e costituiscono

---

[1]) Jenni, in unione con Sawitz, pag. 168 così definisce la restrizione della facoltà di disporre: « Verfü, besch. im Sinne des Art. 960 bedeutet, dass die Rechtsordnung verfügungen des berechtigten Subjektes über das Recht, in bezug auf das er in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt ist, die rechtliche Wirksamkeit, den Erfolg, versagt, gleich gültig, ob dieses Recht selber einen beschr. Inhalt hat oder nicht ».

una provvida misura [1]) conservativa. Non riflettono un provvedimento a sè, ex novo, che è ordinato dal giudice, ma la conseguenza, l'effettuazione di un rapporto giuridico preesistente, riconosciuto, in cui la restrizione della facoltà di disporre di immobili vi è già resa efficiente.

Gli effetti dell'annotazione della restrizione sono contenuti nell'art. 960: mediante l'annotazione le limitazioni della facoltà di disporre diventano efficaci in confronto ai diritti posteriormente acquisiti. Non ne consegue, però, uno sbarramento del Rf. Rossel dice : « Elles n'empêchent nullement le propriétaire inscrit d'aliener son immeuble ou de le graver de droits réels; mais elles avertissent tous acquéreurs que, bien qu'ils traitent avec le propriétaire inscrit, ils ne pourront opposer leurs droits à celui ou à ceux qui sont au bénéfice de l'annotation, si l' intérêt éventuel qu'elle protège devient definitif ».

Il diritto iscritto posteriormente è inefficace nell' ipotesi che pregiudichi o escluda il diritto coperto dall'annotazione. Se la restrizione è relativa, l' iscrizione posteriore, contraddicente è nulla nella misura in cui pregiudica la restrizione annotata, se essa invece fosse assoluta il diritto iscritto posteriormente ed in antagonismo coll'annotazione sarebbe completamente nullo.

Colla annotazione di queste restrizioni non ha luogo un acquisto di un diritto reale: l'annotazione protegge semplicemente un diritto che è preparato, che potrà diventare o essere riconosciuto come reale, da disposizioni pregiudicevoli, difende pretese che « la legge munisce di forza reale » [2]).

L'annotazione non comporta presunzione alcuna a favore dell' iscritto; decisivo è il diritto materiale. La loro funzione di protezione, di difesa, possono benissimo esplicarla anche in sede di Rp.: esse non presuppongono l'efficacia della publica fides dell'art. 973, ma tendono unicamente a salvaguardare i diritti di più persone, a dar maggior pubblicità a un divieto legislativo che colpisce una persona nelle sue facoltà di disporre e che premunisce i terzi da sleali macchinazioni da parte della persona colpita. Pone un ostacolo giuridico al diritto di disposizione del proprietario nel senso di un impedimento psicologico, ostacolo che può sortire i suoi benefici effetti anche nell'ambito del Rp.

---

[1]) Leemann: eine vorsorgliche Massnahme.

[2]) cfr. Huber Erl. 2 pag. 429/30.

III. - Iscrizioni provvisorie (art. 961).

L'art. 961 disciplina una terza ed ultima categoria di annotazioni : le iscrizioni provvisorie. Esso ne elenca i casi possibili :

a) a sicurezza di asserti diritti reali;

b) quando sia ammessa per legge la completazione della prova.

Nel caso a) si ha un' iscrizione provvisoria, quando un diritto reale sia stato indebitamente iscritto o sia stato indebitamente cancellato e venga, a norma dell'art. 975, chiesta la modificazione o la cancellazione dell' iscrizione, oppure quando, giusta l'art. 976, il diritto reale sia estinto materialmente e non venga intrapresa la relativa radiazione dell' iscrizione a Rf. La legge concede un'azione di rettifica destinata a ripristinare la necessaria armonia tra il formalismo del Rf. e il diritto materiale che eventualmente fosse turbata per l'irregolare tenuta a giorno del Rf.

Per raggiungere però la voluta concordanza, occorre l'ossequio di una determinata procedura che varia a seconda dei casi, procedura il cui disbrigo, richiede un certo lasso di tempo, durante il quale, è ovvio rilevarlo, esiste il pericolo che simili iscrizioni indebite possano essere fruite ingiustificatamente ed abusivamente, approfittando della efficace protezione della pubblica fede. Ora le iscrizioni provvisorie tendono appunto a distruggere un tale pericolo, a distruggere cioè la buona fede dei terzi. Al medesimo scopo mirano anche nel caso b), in cui occorra la completazione della prova.

Le iscrizioni provvisorie esplicano però un altro effetto che consiste nel garantire al diritto l'efficacia reale dal momento in cui esso venne annotato, nel caso del suo riconoscimento, della sua constatazione : garantisce, cioè, al diritto il rango e la data della sua annotazione nel caso venga riconosciuto.

Se il diritto che esiste materialmente e che non è descritto oppure non risulta in modo esatto dal Rf., venisse constatato a mezzo di una sentenza giudiziale il diritto verrebbe iscritto così constatato od eventualmente corretto, mettendo, nuovamente, in relazione il diritto materiale con il R.

Diritti acquistati posteriormente e che fossero in antagonismo col diritto iscritto, riconosciuto e corretto, sarebbero senz'altro nulli e, in virtù della sentenza giudiziale, estinti e passibili di cancellazione.

Se, all'opposto, si avverasse un rifiuto di riconoscimento da parte del giudice o se il diritto non venisse fatto

valere entro il congruo termine fissato, l'annotazione in base a queste circostanze si estinguerebbe e tutte le iscrizioni posteriori rimarrebbero conseguentemente, in vigore.

Ne consegue nessuna preclusione del R.: diritti reali posteriori antitetici possono venir iscritti· il loro destino però è segnato dalla sorte del diritto contestato, cioè dal suo riconoscimento o meno.

Oggetto delle iscrizioni provvisorie possono essere esclusivamente diritti reali e non pretese obbligatorie e si distinguono, quindi, dalle restrizioni della facoltà di disporre, dell'art. 960/I.

Le iscrizioni provvisorie si prefiggono due scopi: assicurano al diritto contestato, in caso di riconoscimento, il rango e la data della sua annotazione e grazie alla sua forza retroattiva rendono perenti le iscrizioni posteriori antagoniste, ed escludono la buona fede.

L'art. 961 potrebbe trovare applicazione nei confronti del Rp ?

Il Trib. di Zurigo il 18 novembre 1911, decideva: « sono escluse le annotazioni di iscrizioni provivsorie sino al momento della introduzione del Rff. ». Così anche Ostertag [1]).

Infatti : nel sistema del Rp. non esiste la protezione della buona fede, non esiste, di conseguenza, il bisogno e la necessità di distruggerla. La situazione di fatto, il diritto materiale fa stato, decide : il terzo in buona fede deve sempre accertarsi della veridicità dell' iscrizione e della sua coincidenza colla condizione reale, di fatto. L' iscrizione provvisoria in tal caso non avrebbe senso.

Venne però concessa un'eccezione a proposito della ipoteca legale a favore degli imprenditori ed operai dell'art. 961 CCS. e RRff. art. 22.

L' imprenditore può chiedere un' iscrizione provvisoria dell' ipoteca quando ricorrano le condizioni contenute dall'art. 961. In particolare non è necessario che il credito sia riconosciuto, non è necessaria una prova sicura, ma è sufficiente una giustificazione dell' interesse dell' imprenditore e il giudice deve concedere tale iscrizione ogni qualvolta la domanda non appaia manifestamente infondata e vessatoria, in altre parole non si deve attribuire un senso troppo rigoroso alla « giustificazione d'un interesse » dell'art. 961 [2]).

Il nostro Tribunale d'Appello ha giustamente definito quest' iscrizione provvisoria come « un provvedimento conservativo, limitato nel tempo e destinato a proteggere l'im-

---

[1]) Ostertag, Sachenrecht, pag. 115.
[2]) cfr. RGP. 1931, pag. 180.

prenditore da eventuali disposizioni sull' immobile durante l' intervallo fino alla decisione del giudice sulla di lui pretesa »[1]).

Presupposto d'una iscrizione provvisoria è sempre un diritto reale già esistente; l'avente diritto di sole pretese obbligatorie dovrebbe, quindi, ricorrere alla misura protettiva della restrizione della facoltà di disporre. Nel caso dell' ipoteca dell' imprenditore si tratta appunto di una semplice pretesa e non di un diritto reale esistente: il RRff., in analoga applicazione dell'art. 961, ha concesso questa iscrizione fingendo la pura pretesa come un diritto reale vero e proprio e già esitente.

Tale iscrizione provvisoria è possibile anche in regime del Rp.[2]).

E ciò corrisponde ad una pratica ed urgente necessità. Se un simile diritto non venisse annotato provvisoriamente dovrebbe dare la precedenza ad altri diritti reali che gravano sul fondo e specialmente ad altri diritti di pegno[3]).

Nel caso di vendita la pretesa non rischia nessun pericolo, la buona fede non avendo nessuna importanza, dovendo il compratore sapere che ancora 3 mesi dal compimento dell'opera, si possono verificare iscrizioni di ipoteche a favore dell'imprenditore. In questo caso l'iscrizione provvisoria mira a garantire la pretesa e a preservarla da ulteriori disposizioni svantaggiose e pregiudicevoli nei suoi confronti.

Il creditore ha quindi tutto l'interesse all'annotazione di un'iscrizione provvisoria, senza riguardo al fatto dell'introduzione o meno del Rff. e della relativa pubblica fede.

§ 14) MENZIONI

La legge ammette nella serie dell'iscrizioni in senso lato le menzioni. Non si trovano elencate, come nel caso delle annotazioni, anche solo a titolo esemplificativo, in un solo, speciale articolo, ma ricorrono nei diversi disposti del codice, in varie occasioni. La loro importanza pratica e giuridica non è rigidamente circoscritta, cosicchè non è possibile darne una definizione, un concetto ben delimitato.

Di esse, positivamente e in modo generale, si può dire che mirano a dare notizia di determinati rapporti in parte giuridici e in parte di fatto che concernono il fondo ed

---

[1]) cfr. RGP. 1931, pag. 100.
[2]) cfr. Leemann JZ 8, pag. 299.
[3]) salvo il caso di contestazione dell'art. 841.

hanno significato ed importanza pel commercio immobiliare.

Negativamente si differenziano dalle iscrizioni in senso stretto perchè non possiedono forza costitutiva, creano cioè nessun diritto reale. Si distinguono, inoltre, dalle annotazioni, in quanto al rapporto menzionato non imprimono quella « certa forza reale » comune caratteristica delle annotazioni. La loro funzione è quella di orientare, di chiarire le condizioni di fatto del fondo, hanno un compito informativo che non interessa in linea generale il Rfp., tanto più che la maggior parte di esse richiedono per la loro messa in applicazione l'introduzione di un Rf. non solo munito di pubblica fede ma retto a sistema reale [1]).

Esistono però, a nostro avviso, casi in cui la menzione è possibile anche durante il periodo del Rp e precisamente:

1) la menzione del « principiare » dell'opera, giusta l'art. 841/III, nel senso che sino a decorrenza del termine il R. è relativamente sbarrato non potendosi costituire altri pegni immobiliari all'infuori delle ipoteche. In questo senso si avvicinano, in certo qual modo, alla funzione esplicata dalla restrizione della facoltà di disporre. Lo scopo cui tende questa menzione è quello di preservare l'imprenditore da intenzioni sleali e da sorprese deleterie, cagionate da parte del debitore, del proprietario del fondo.

2) la menzione dell'accessorio. Essa fa nascere una presunzione della qualità di accessorio e nient'altro. Non dà nessuna garanzia sulla reale esistenza dell'accessorio come all'art. 644 e 645.

Abbiamo già visto che la qualità di accessorio non trae la sua origine dall'iscrizione a Rf., ma dalla sua natura dalla situazione e dall'uso delle cose stesse, in rapporto alla cosa principale, secondo il concetto usuale del luogo, secondo la manifesta volontà del proprietario. Questa menzione ha efficacia unicamente come elemento di prova; servè a creare una presunzione semplice, una « praesumptio juris tantum » non « juris et de jure » contro la quale è sempre data la prova che gli oggetti non possono per la loro configurazione o descrizione legale avere il carattere di accessorio: essa dà all'iscrivente l'unico vantaggio di invertire l'onere della prova addossandolo a chi volesse contestare tale carattere emergente dal R. E' da notarsi che basta la menzione degli accessori nel « Registro dei pegni immobiliari ». Una menzione nel Registro delle mutazioni non è necessaria, nè ammissibile.

---

[1]) cfr. RRFF. art. 32 e 82; 39, 82; 90/II; 79 e CCS. 696.

§ 15) DATI DI FATTO

I dati del Rf. a norma dell'art. 942/II perseguono lo scopo di individualizzare e di caratterizzare il fondo, oggetto dei diritti reali, in modo da offrire una fonte completa ed esatta di informazioni nei confronti dei terzi.

Se mettiamo a confronto i dati di fatto relativi alla descrizione del fondo come superficie, qualità, genere di coltura, località, stima dei fondi ecc. (v. formulario officiale) si vede subito come essi, nella loro funzione di individualizzazione, non presentano il medesimo carattere. E' evidente che i confini sono i più importanti ed occupano un posto di primo piano nella definizione, nella fissazione dell'oggetto dei diritti reali: delimitano cioè la sostanza, l'essenza del diritto. Gli altri dati hanno carattere piuttosto descrittivo e danno informazioni sulla qualità dell'oggetto.

L'oggetto determina il contenuto, l'estensione del diritto da cui dipende, da cui è denominato. Il codice crea soltanto tipi, classi di diritto, come la proprietà, il diritto di pegno ecc., ma il loro contenuto viene concretizzato dalla realtà dell'oggetto del diritto stesso: il concetto della proprietà non muta tanto nei confronti di un tavolo, quanto nei riguardi di un fondo. Il concetto delimita la facoltà di disporre sull'oggetto, nei limiti consentiti dalla legge e il contenuto, invece, muta e varia a seconda della natura dell'oggetto. E' ovvio rilevare il lato economico: infatti non è indifferente per me possedere un fondo di 20 km. quadrati invece di uno di 40 km. quadrati.

Tutto questo induce chiaramente ad ammettere quanto sia importante circoscrivere esattamente l'oggetto, compito che per i fondi viene assolto dai confini. I dati descrittivi danno notizie sulla qualità del fondo così come si trova in realtà, come è disposto in natura come esiste di fatto.

E' inutile accentuare che simili dati di fatto non assumono grande importanza in seno a Rp., in omaggio al principio basilare del Rp. della preponderanza del diritto materiale sul formalismo del R.

Anche nell'ambito del Rf., salvo alcuni casi dei confini, questi dati non sono coperti dalla pubblica fede in quanto essi sono insiti nella natura stessa del fondo e sfuggono, forse, alla sfera autoritaria dell'ordinamento giuridico.

I. - Dati puramente descrittivi.

a) La superficie.

Essa è calcolata mediante una misurazione geometrica. E' pacifico che un fondo precisamente delimitato può soltanto avere la superficie che si ottiene giusta le norme matematiche. Se fosse stato compiuto un errore nel calcolo o se i dati della superficie fossero stati iscritti erroneamente, il diritto materiale sarebbe determinante.

Una garanzia è offerta, a favore del compratore, dall'art. 219/I CO che suona come segue: « salvo patto contrario il venditore deve risarcire il compratore, qualora il fondo non avesse la misura indicata dal contratto » [1]) Potrà ottenere risarcimento quindi, basandosi sul contratto che surroga, in questo caso, la pubblica fides dell'art. 973 CCS.

b) Qualità della coltura.

Se dal R. risultasse che il fondo è di natura boschiva mentre in realtà sarebbe di natura prativa, o viceversa è logico che tale erronea descrizione del genere di coltura non assumerebbe nessuna importanza in ossequio alla decisiva autorità del diritto materiale.

c) La località.

Se un terzo acquista un fondo X e la descrizione di esso avverte che sullo stesso esiste un edificio che, però, realmente è situato sul fondo Y: la situazione materiale ha forza decisiva, è logico. Anche prescindendo dal già citato principio della preponderanza del diritto materiale, se ne desume la medesima conclusione dagli art. 642 e 667 CCS che dispongono che gli edifici sono parte del fondo su cui sono costruiti in quanto siano durevolmente uniti. Esistono, quindi, soltanto due possibilità: o disporre sul fondo X senza l'edificio o su il fondo Y con l'edificio.

d) Stima dei fondi.

Anche qui vale la regola della completa validità del diritto materiale.

Esiste però un caso particolare che merita di essere esaminato e precisamente circa il limite dell'aggravio in occasione di un'emissione di una rendita fondiaria (art. 848).

---

[1]) cfr. Guhl, das schweiz. OR, pag. 158.

La responsabilità concernente la precisione e l'accuratezza delle stime incombe allo stato, cioè al cantone [1]) con diritto di regresso sul perito.

Se venisse comunicato falsamente una stima all'ufficiale del R., il caso dovrebbe risolversi secondo i principî generali della responsabilità degli impiegati [2]). Un danno eventuale che ne potesse derivare, non verrebbe direttamente imputato alla tenuta del R. e non potrebbe, di conseguenza, cadere sotto il disposto dell'art. 955.

Se, all'opposto, venisse comunicata giustamente una stima e venisse poscia iscritta erroneamente è evidente che in tale ipotesi dovrebbe venir applicato l'art. 955, in caso di danno.

e) **Situazione e qualità.**

Se il R. indicasse una determinata posizione in cui fosse situato il fondo ed un utile netto che corrispondessero nè l'uno, nè l'altro alla reale condizione di fatto, essi, è di meridiana evidenza, dovrebbero soccombere a quest'ultima, che è decisiva.

f) **Denominazione del fondo.**

E' pure sottoposta alla regola generale della supremazia del diritto materiale.

II. - Confini e mappe.

L'ufficio d'individualizzare il fondo come oggetto di diritti reali, di definirne la sostanza, di fissarne il contenuto e l'estensione, spetta ai confini. La descrizione, quindi, dei confini mira alla delimitazione del contenuto dei diritti reali sul fondo.

I confini assumono il carattere di un' iscrizione ed esorbitano, per la loro importanza, dalla sfera dei semplici dati di fatto. L'individualizzazione dei fondi avviene mediante i confini nel senso che questi dati rinviano al numero corrispondente delle mappe del R. e il fondo stesso porta un numero determinato sul foglio che corrisponde al numero della mappa.

Per il Ticino è d'uopo distinguere due categorie:

a) **Comuni in possesso di mappe.**

Naturalmente esse devono essere fondate su di una misurazione ufficiale (art. 950), cioè di una misurazione

---

[1]) cfr. Jenni, pag. 210.

[2]) esiste cioè responsabilità in seguito a colpa e non casuale.

che è elemento preliminare indispensabile per l'introduzione e la tenuta del Rf. [1]).

Se le mappe rispondono ai suddetti requisiti in caso di disaccordo fra la mappa ed i termini si presumono esatti i confini della mappa come sancisce l'art. 668.

Benchè nel regime del Rp., non abbia vigore il principio della pubblica fides, tuttavia una mappa che venne eretta giusta le norme della misurazione officiale, offre lo stesso grado di garanzia di una mappa del Rf., in quanto essa è pronta per esplicare gli effetti propri del Rff., ed è quindi idonea alla determinazione della proprietà. L'acquirente in buona fede potrà, di conseguenza, efficacemente difendere il proprio diritto acquisito, valendosi di questa circostanza. In questa ipotesi l'efficienza della mappa surroga l'effetto della protezione offerto dall'art. 973. Il nostro Tribunale d'Appello in una sentenza del 1920 [2]), così decideva: « in difetto di prove contrarie deve ritenersi come prova della proprietà l'iscrizione nella mappa censuaria, tanto più quando questa è compresa nei limiti d'esattezza richiesti per i rilievi servibili per il Rf., » motivandola come segue: « è bensì vero che l'iscrizione nei registri censuari, i quali hanno scopo fiscale, non può essere considerata come un titolo di proprietà, ma in difetto di prove contrarie essa costituisce un serio indizio... A dare anche maggiore importanza a queste circostanze si ha poi la deposizione e la perizia in atti del geometra il quale asserisce che la mappa comunale è attendibile, essendo essa compresa nei limiti d'esattezza richiesti per i rilievi servibili per il Rf. ».

b) **Comuni sprovvisti di una mappa, a sensi dell'art. 950.**

In questo caso il terzo in buona fede dovrà appigliarsi ad altri mezzi di prova e di difesa permessi [3]) dalla legge per dimostrare la sua legittimazione e la sua piena e giusta competenza all'esercizio del diritto contestato. Il contenuto dell'iscrizione, in difetto dell'efficacia positiva della pubblica fede, non è garantito, nè protetto, come già abbiamo visto.

---

[1]) funzione che è espressa molto bene dal termine tedesco: Grundbuchvermessung.

[2]) cfr. RGP. 1920, pag. 625.

[3]) Naturalmente, in quest'ipotesi, non esiste il rinvio al numero della mappa. L'acquirente a difesa del suo diritto potrà invocare il fatto che i confini descritti dal Rp. corrispondono ai dati della misurazione officiale.

§ 16) DELLA RESPONSABILITA' (art. 955)

La responsabilità derivante dall'art. 955, non presuppone nè l'introduzione del Rf., nè una forma ausiliare parificata come all'art. 46 Tf., è quindi suscettibile di applicazione anche nel periodo transitorio del Rp. La LG 33, all'art. 7, suona come segue: « l'ufficiale dei registri è responsabile di fronte allo stato, dei danni derivanti dalla tenuta dei registri, art. 955 CCS ». Questa responsabilità non venne creata soltanto per prevenire i pericoli scatenti dalla pubblica fides. Nel nostro cantone le azioni di risarcimento non assumono la medesima estensione come nel caso del Rf. La situazione di fatto, il diritto materiale è decisivo anche per il terzo in buona fede e ne viene di conseguenza soltanto un danno parziale a carico del vero, reale avente diritto nella spiegazione dell'azione contenuta nell'art. 975. Cioè per far valere la propria pretesa deve egli sostenere spese processuali, tasse ecc. che naturalmente devono incombere allo stato essendo state cagionate da una trasgressione dei compiti dell'ufficiale del Rp.

CONCLUSIONE

Dopo questa trattazione concernente gli effetti giuridici del Rp., ci torna più facile scorgere la vera fisionomia di esso. Come abbiamo visto il Rp., non esplica che in piccola, anzi in minima parte, gli effetti propri della legislazione del Rff. E' vero che esso non costituisce un gravoso onere finanziario per il nostro cantone, ma scarsi e precari sono i vantaggi che ritraggono coloro i quali sono costretti a ricorrervi.

Per quanto riguarda la proprietà infatti il Rp., non dà nessun affidamento circa la sicurezza della proprietà, non si è al riparo da eventuali rivendicazioni di terzi, anche la valida difesa della prescrizione decennale dell'art. 127 CO vien tolta. Ad eccezione del caso di vendita forzata per esecuzione e fallimento e salvo la grida non si è protetti dalle pretese eventuali di servitù a favore di fondi vicini. Ne consegue un evidente deprezzamento del valore della proprietà fondiaria.

Dove, però, il Rp. manifesta appieno la sua insufficienza è nel campo delle ipoteche.

E' principio elementare di economia finanziaria che il diagramma dell'interesse subisce oscillazioni, ascende o discende, a seconda del modo, della garanzia, della sicu-

rezza dell' impiego del capitale. E' evidente che, in ossequio a tale assioma, il saggio d' interesse non potrà mai essere a buon prezzo in un paese come il nostro dove nessun istituto bancario è sicuro del grado dell' ipoteca che gli vien offerta. Una simile incertezza spinge l' istituto bancario a far concessioni di credito, di prestito ad un tasso d' interesse non equivalente alla reale situazione del mercato monetario, risultante cioè dalla naturale conseguenza della legge della domanda e dell'offerta, ma, in ossequio a norme prudenziali della politica finanziaria, aggiungerà un margine cautelare destinato a proteggerlo da un eventuale rischio che può succedere nei confronti del credito concesso.

Ora per la conosciuta legge di causa ed effetto, se il prezzo del capitale di costruzione è elevato, di riflesso, per il logico fenomeno d' interdipendenza, sarà elevato e caro anche il prezzo della pigione degli appartamenti, cosicchè per l' indissolubile legame che esiste tra il credito fondiario e l'economia privata di ogni famiglia, la prosperità o meno dell'uno si ripercuote e si verifica nell'altra. Questo stretto rapporto fra le leggi economiche ed i prezzi, nel passato, non fu così avvertito, perchè il prestito veniva concesso in considerazione della persona del mutuatario che costituiva la garanzia di primo piano, cioè adempiva una funzione di mero accessorio dell'obbligazione così come lo concepiva il diritto romano.

Più tardi sullo scenario del credito fondiario fece il suo ingresso la cambiale : il denaro abbondava, i buoni impieghi commerciali ed industriali erano scarsi e i portafogli delle banche eran gonfi per milioni e milioni di cambiali, nè scontate, nè scontabili.

Quest'abusare della forma della cambiale fu una delle cause del tracollo delle nostre banche. Anche qui si prescindeva da ogni garanzia reale, si faceva assegnamento unicamente sul valore della persona del debitore.

La guerra, però, mutò completamente le cose. Le sue ingorde e mai sazie fauci divorarono la maggior parte del capitale e una porzione di esso fuggì verso le Americhe. La guerra « inaridì le sorgenti del guadagno e i rigagnoli del risparmio e spense la fiducia nel valore umano » [1].

Oggi il Ticino possiede più del doppio di banche che non nel periodo dell'anteguerra, ma il credito immobiliare divenne, a fortiori, monopolio e specialità della Banca dello Stato, essa però non si è trovata in grado di poter creare intorno a sè le casse agrarie e il credito fondiario campagnolo.

---

[1]) cfr. Messaggio accompagnante la LG. 33.

Stato realmente pietoso ma ineluttabile perchè il nostro sistema di registro toglie all'unica banca ipotecaria ogni possibilità di mobilizzare il proprio credito fondiario.

Il Registro provvisorio ha, quindi, il valore di un « documento pubblico » (art. 9 CCS.) che ha prova dei fatti che attesta, finchè non sia dimostrata l' inesattezza del loro contenuto. Fa sorgere unicamente una « praesumptio juris tantum » e non una « praesumptio juris et de jure ».

La sua legislazione è anche insufficiente : la legge del 1933 contiene dati tecnici e procedure più di carattere regolamentare che non disposti legislativi veri e proprî destinati a delimitare precisamente il contenuto degli effetti giuridici.

E' vero che il legislatore ticinese si è trovato, sponte coasti, dinanzi ad una situazione nuova ed ha dovuto por mano, come ha potuto, alla legge del 1911, legge che può definirsi molto felice, in considerazione alla rapidità con cui fu promulgata e alla funzione che doveva compiere nel disciplinare il più arduo e complicato ramo del diritto privato e sostituire la macchina molto pesante della legislazione cantonale cui la nostra popolazione era attaccata ed abituata, con i principî innovatori del CCS. Dall' introduzione del CCS, a questa parte però si aveva un periodo di tempo sufficiente per procedere alla revisione ed alla redazione di una legge un po' più dettagliata circa gli effetti giuridici, ciò che caratterizza appunto il compito della legge per cui è chiamata in vita e togliere, nell'ambito del possibile, ogni dubbio ed incertezza in rapporto ai diversi istituti legislativi.

Non vogliamo con ciò opinare l' importanza pratica delle procedure tecniche destinate a creare la richiesta certezza e la voluta sicurezza, procedure che potrebbero formare oggetto di un regolamento; non si deve però dimenticare e perdere di vista l'essenza, lo scopo della legge che consiste appunto nel fissare in norme chiare gli effetti giuridici di un determinato istituto. Si dovrebbe, in sostanza, creare maggior equilibrio fra le norme di diritto materiale e quelle di diritto formale.

Il governo del periodo post-bellico si adoprò con ogni mezzo per affrettare e sollecitare vieppiù l' introduzione del Rf., almeno per quel che riguarda i suoi effetti e creò a tal fine, l' istituto del R. prodefinitivo [1]).

Esso presenta la caratteristica comune del Rff.: la intavolazione, cioè un catasto oggettivo in cui ogni numero

---

[1]) Questo registro venne prospettato dall'allora direttore del Dipartimento di Giustizia on. Martinoli.

di mappa possiede il proprio foglio in sostituzione del sistema soggettivo personale. Il registro prodefinitivo si distingue dal definitivo unicamente pel diverso grado di attendibilità poichè al Rff. occorre come base la misurazione catastale officiale, mentre pel prodefinitivo è sufficiente una vecchia « mappa suscettibile di essere utilizzata come disegno geometrico » (art. 96 LG33).

Al Rf. definitivo sono applicabili direttamente le norme del CCS.; al registro prodefinitivo, solo per analogiam.

Esso venne istituito anche nell' intento di poter trarre qualcosa di utile e di prezioso dall' ingente somma devoluta per la tenuta a giorno delle mappe, togliendo una buona percentuale di incertezza in cui naviga il Rp.

Per quanto l'art. 96 LG33 prescriva che per comuni che posseggono una mappa suscettibile di essere utilizzata come disegno geometrico a base del registro fondiario venga introdotto il registro prodefinitivo, mai trovò applicazione nel Ticino, se le nostre informazioni sono esatte.

Il registro prodefinitivo, per quanto sia « una forma che non è nè carne, nè pesce » contribuirebbe, tuttavia, a portare più celermente al compimento di uno scopo: l'integrale ed assoluta applicazione del CCS.

Chiudendo queste modeste note vogliamo augurarci che il Rf. abbia ad essere completamente introdotto su tutto il territorio del cantone ed abbia così a sostituire « quella povera cosa in continua congestione, che è il Rp. » [1]); che abbiano a scomparire quei preconcetti e quelle infondate opinioni che fanno ritenere il « vestire la proprietà fondiaria dallo splendente ed [2]) attillato abito del Rf. come un lusso », una suppellettile e che ciascuno si persuada come esso sia un'urgente ed indispensabile necessità per il benessere economico e la prosperità sociale del nostro cantone.

Si potrà, allora, dire che « il registro fondiario è il volto della patria, riprodotto come entro un reticolo che ne scomponga le sue parti per mettere in rilievo le loro simmetrie e dissimetrie, col massimo di esattezza e perfezione : scomposto più e più volte in triangoli di precisi lati ed angoli, fino ad iscrivere nell'ultimo degli stessi le brevi zolle contermini sulle quali vivono, faticano e lavorano gli uomini della Svizzera » [3]).

---

[1]) v. B. Galli, Prefazione di Carlo Scacchi: pag. 8.

[2]) v. B. Galli, pag. 83.

[3]) Prefazione dell'avv. C. Scacchi, presidente del Tribunale d'Appello, all'opera del Dr. B. Galli.

Finito di stampare con i tipi della « Grafica Bellinzona » S. A.
il 28 aprile 1942.